

UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas
Modalidad de Educación a Distancia

346-01
M-617

DERECHO DE PERSONAS Y FAMILIA
MÓDULO AUTOFORMATIVO NO. 11

Universidad Centroamericana (UCA)

Directora de Educación a Distancia

MSc. Rosa Amelia Ruiz Narváez

Coordinador

MSc. Cristian Robleto Arana

Autor(a) de Contenido

Dra. Auxiliadora Meza Gutiérrez

Metodóloga

Msc. Milagros Guerrero López

Revisó en calidad de especialista en contenido

MSc. Cristian Robleto Arana

Diagramación

Lic. Marely Valdez Salazar

Impresión

XEROX – UCA

Febrero, 2004

ÍNDICE

Presentación General del Módulo Autoformativo No. 11	7
Objetivos Generales	10
Esquema conceptual del módulo	11
Contenidos y descripción de las unidades autoformativas del módulo	12
Metodología de estudio y evaluación	12
Sistema de evaluación	13
Prueba diagnóstica	14
Unidad Autoformativa I Introducción al Derecho Civil	15
A. GENERALIDADES DEL DERECHO CIVIL	19
1. Concepto de Derecho Civil	19
2. Clasificación tradicional y naturaleza del derecho	20
a. ¿Cuál ha sido la clasificación tradicional del derecho?	20
b. ¿Cuál es la clasificación más actualizada?	20
3. ¿Qué estudia el Derecho Civil?	21
4. ¿Cuáles son las Fuentes del Derecho Civil?	22
a. Fuentes formales o jurídicas	22
b. Fuentes materiales o sociológicas	23
5. ¿Quién tiene la competencia legislativa en materia civil e iniciativa de Ley?	25
6. ¿A qué denominamos Relaciones Jurídicas?	27
a. ¿Cuáles son los elementos de la Relación Jurídica?	28
b. ¿Cómo se clasifican las relaciones jurídicas?	29
B. LAS PERSONAS	31
1. Concepto y clasificación	31
a. ¿Cómo clasificaban los romanos a las personas?	33
b. ¿Cuál es la clasificación de personas?	34
2. Personas Naturales	40
a. Derechos eventuales y protección a las personas por nacer	40
b. Teorías del nacimiento	42
3. Personas jurídicas	44
a. Personas jurídicas de carácter mercantil	45
b. Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro	49
4. La Personalidad	52
a. Concepto	52
b. Derechos	54
c. ¿A qué denominamos Atributos de la Personalidad?	56
5. Fin de la existencia de la persona	81
Actividad de autoaprendizaje No. 1	85
C. EL PARENTESCO	87
1. Concepto	87
2. ¿Cuál ha sido la evolución histórica de la familia?	89
3. ¿De dónde surge el término parentesco. Sus clases o tipos, líneas y grados	91
4. ¿Cómo se determinaba el grado de afinidad o parentesco?	92
5. Efectos del Parentesco	95
D. EL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS	99
1. Iniciemos pues definiendo ¿Qué es el Registro del Estado Civil de las Personas? ..	99
2. ¿Cuál es el contenido de los registros?	100
3. ¿Qué es el acta o asiento de inscripción?	101

4. ¿Cuáles son los actos que se inscriben?	101
a. Nacimiento	102
b. Matrimonio	102
c. Legitimación	102
d. Reconocimiento de hijos e hijas	102
e. Emancipación	103
f. Declaración de mayoría de edad	103
g. Disolución del vínculo matrimonial	103
h. Defunción o muerte	103
i. Adopción	103
j. Rectificación, acción y efecto de enmendar los errores que figuren en los registros.	104
k. Reposición de partida	104
l. Nulidad del matrimonio	104
m. Nota marginal a las inscripciones	104
5. ¿Qué se debe marginar o razonar en los libros?	104
Actividad de autoaprendizaje No. 2	106
Evaluación de la unidad	107
Hoja de respuestas	108
Glosario	113
Unidad Autoformativa II La Familia	117
Objetivos	120
Esquema de contenido de la unidad	121
Prueba diagnóstica	122
A. LA FAMILIA	123
1. Conceptos	123
2. Funciones	131
3. El Derecho de Familia	133
4. Instrumentos Internacionales	135
a. Declaración Universal de los Derechos Humanos	135
b. Convención Americana sobre Derechos Humanos	135
c. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	136
d. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	136
e. Carta Social Europea	136
f. Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales	137
B. LA FAMILIA EN LA NORMA CONSTITUCIONAL NICARAGÜENSE	139
C. EL MATRIMONIO	145
1. Concepto	145
2. Evolución histórica	149
3. Requisitos y trámites para la celebración y validez del matrimonio	154
4. Variantes o Tipos de matrimonio	159
5. Impedimentos matrimoniales y nulidad	161
Actividad de autoaprendizaje No. 1	164
D. UNIÓN DE HECHO ESTABLE	165
1. Un nuevo paradigma de familia	165
2. Requisitos de validez y regulación a nivel centroamericano	172
3. Efectos del Matrimonio y de la unión de hecho estable. Derechos y Deberes.	173
E. EL DIVORCIO	177
1. Concepto	177

2. Tipos de Divorcio	181
3. Formas de disolución	182
4. Procedimiento legal vigente en cada uno y sus efectos	183
Actividad de autoaprendizaje No.2	187
F. FILIACIÓN, ADOPCIÓN, ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y PATRIA POTESTAD	189
1. Conceptos	189
2. Fuentes de la Filiación	192
3. Clases de Filiación	194
4. Característica y procedimientos de la filiación	195
5. Adopción Internacional	196
a. Concepto	196
b. La adopción en los países centroamericanos	199
c. Cuáles son los efectos de la adopción internacional?	200
6. La Patria Potestad	201
a. Concepto	202
b. ¿Cuándo la Normativa sobre la patria potestad es aplicable?	211
c. ¿Qué principios rigen la patria potestad?	212
d. ¿Quiénes son las personas sujetas a la patria potestad?	213
e. Derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad	213
f. Extinción, suspensión y pérdida de la patria potestad - (Ley de relaciones Madre-Padre-Hijos.)	213
g. ¿Cuáles son las causas para la privación de la Patria Potestad?	215
G. LOS ALIMENTOS Y TUTELA	217
1. Concepto de alimento	217
2. ¿Que es la guarda o Tutela?	221
3. ¿Qué es la Curatela?	225
4. Clases de tutela o guarda	226
5. ¿Cuáles son los presupuestos de la obligación y sujetos de alimentos y tutela?	227
6. Formas de extinción de la obligación	228
Actividad de autoaprendizaje No. 3	231
H. PROYECTO DE CÓDIGO DE FAMILIA	233
Evaluación de la unidad	235
Hojas de respuestas	236
Glosario	242
Unidad Autoformativa III Derecho de Familia en el Siglo XXI	245
Objetivos	249
Esquema conceptual de la unidad	250
Prueba diagnóstica	251
A. LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS	253
1. Conceptos de métodos de resolución alterna de conflictos	254
2. Clases	256
3. La mediación como método de resolución alterna de conflictos en materia de Derecho de Familia	264
a. Abogado mediador	264
a. Psicólogo o terapeuta familiar mediador	265
b. Equipo de abogado y psicólogo o el terapeuta familiar	265
c. Modelo Coogler- asesor letrado imparcial	265
d. Modelo Haynes	266
e. Modelo de Sara Cobb	267
f. Modelo Forence Kaslow	268



B. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA	279
1. Concepto.....	279
2. Tipos de Reproducción humana asistida	281
a. Inseminación Artificial:	282
b. Fecundación In Vitro (FIV).....	284
c. Transferencia Intratubárica de Gametos, Técnicas de Kraft o lado uterino (G. I.F.T.), conocida como madre subrogada o vientre de alquiler.	285
3. Derechos y Obligaciones derivadas de su utilización	289
4. Regulaciones existentes.....	289
Actividad de Autoaprendizaje No. 1	290
C. RECONOCIMIENTO DE NUEVOS TIPOS DE FAMILIA	291
1. Nuevos conceptos de familia.....	291
2. Clases de Familias.....	293
3. Derechos y efectos derivados	294
D. PROCEDIMIENTO ORAL EN MATERIA DE FAMILIA	299
1. Concepto.....	299
2. Principio de Oralidad	300
3. Principios del Procedimiento oral	300
4. Aplicación del Procedimiento Oral en materia de familia en Centroamérica	302
5. Ventajas	305
E. DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA	307
1. Convenciones Internacionales relativas a los Derechos del Niño.....	307
2. Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley No. 287, 1998	309
3. Lactancia Materna, Ley No. 295 - 1999	314
Actividad de Autoaprendizaje No. 2	326
Resumen final de todo el módulo	326
Evaluación de la unidad.....	326
Evaluación final del módulo	327
Hoja de Respuestas	328
Glosario.....	331
Bibliografía	332

6833

Ingreso	15 - 06 - 04
Comprado a	
Donado por	Educ. a Distancia
Precio	Reg 200469674

**Presentación General del
Módulo Autoformativo No. 11**



Estimados /as estudiantes:

Tiene usted en sus manos, el módulo autoformativo que trata del derecho de las personas y la familia en la legislación nicaragüense.

Este texto tiene como característica básica, (o tal vez como su virtud) que está diseñado para usted estudiante de la Carrera de Derecho, por tanto, no encontrará en él construcciones complejas, sino más bien una cantidad de ejemplos tomados de la propia realidad.

Tiene como marco de referencia el Programa de "Personas y Familia", lo cual lo convierte en un texto de obligado estudio para usted y en material de consulta para profesionales del área, por su contenido didáctico, práctico y sencillo.

La asignatura de Personas y Familia, dentro del plan de estudios, de la carrera, es parte integrante de la rama del Derecho Privado, que se ocupa del estudio de las personas, de la familia, de los bienes, incluye el derecho sucesorio, así como los contratos y las obligaciones que se suscitan en la vida cotidiana de las personas. Tiene interrelación directa con el Derecho Constitucional, con el Derecho de las Obligaciones, de los Contratos, con el Derecho Mercantil y con el Derecho Internacional Privado. Esta materia es de suma importancia porque se encuentra íntimamente relacionada con el derecho en general, con los actos de la vida cotidiana, con las relaciones que establecemos en nuestra condición de personas, como sujetos sociales y de derecho, a lo que agregamos el hecho de que, todos y cada uno, somos parte integrante del conglomerado social, en el cual se encuentra la familia, nuestra propia familia. Nuestra madre y nuestro padre, la abuela y el abuelo, los hermanos y las hermanas, el tío y la tía, la prima y el primo, en fin, todos los parientes o los que al menos reconocemos como tales.

Durante el estudio del módulo podrá observar que procura, de manera racional, combinar la teoría con la práctica, proporcionándole información que asegure su formación y preparación integral básica en el tema del Derecho Civil y en particular en lo relativo al derecho de las Personas y la Familia, todo en una sola fuente, de relativa facilidad para su autoaprendizaje.

El módulo para su mayor comprensión ha sido organizado en tres unidades autoformativas:

- I.- *Introducción al Derecho Civil*
- II.- *La Familia*
- III.- *Derecho de Familia en el Siglo XXI*

En ellas podrá encontrar desde conceptos generales del Derecho Civil nicaragüense, hasta los procedimientos y normas sustantivas que regulan el parentesco, el matrimonio, la disolución del vínculo matrimonial, la filiación, la paternidad y maternidad, la adopción, las relaciones madre-padre-hijos y las nuevas corrientes doctrinarias y legislativas que sobre el tema han surgido en los últimos años, tanto a nivel internacional como nacional, tales son la adopción internacional, los métodos alternos de resolución de conflictos, la maternidad subrogada, entre otros.

Cada unidad autoformativa, está subdividida en diferentes apartados para una mejor comprensión de los temas abordados.

Durante la sesión inaugural del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en la ciudad de Mendoza, Argentina, en el mes de Septiembre de 1998, ¹se planteó "la gran transformación por la que atraviesa la familia, en función de los cambios sociales, por lo que se consolidan nuevas formas familiares que merecen ser contempladas por el Ordenamiento Jurídico y la Jurisprudencia"... es necesario apuntar que no es sólo el hecho de los cambios, sino la profundidad, la dirección y la significación de ellos. Se advierte el pasaje de un modelo de familia patriarcal a un modelo de familia inserto en una sociedad que aspira a ser más igualitaria, pluralista y democrática."

En el año 1998, en Nicaragua, se creó mediante la Ley de Organización, Procedimientos y Competencia del Poder Ejecutivo, el Ministerio de la Familia, asimismo se promulgó el Código de la Niñez y la Adolescencia Ley No.287 y la Ley de Promoción, Protección y Mantenimiento de la Lactancia Materna y Regulación de la Comercialización de los Sucédáneos de la Leche Materna, Ley No. 295, 1999, aspectos que han sido incorporados en este texto, lo cual lo caracteriza como actual.

Estudiar el Derecho de Personas y Familia, le permitirá reconocerse en la familia, con sus derechos y responsabilidades, con sus capacidades y limitaciones. Por estas razones, hemos estructurado los objetivos de la asignatura de modo que pueda identificarlos como las metas de aprendizaje que el módulo le propone y que a continuación presentamos:

Objetivos Generales

1. Interrelacionar las disposiciones relativas a las personas en general, contenidas en la doctrina y en la legislación nacional de la materia, a fin de establecer con meridiana claridad qué derechos y qué obligaciones nos asisten como personas.
2. Interpretar las leyes relativas a la familia en Nicaragua y su realidad práctica para evidenciar su aplicación en la vida cotidiana.
3. Extrapolar situaciones del derecho comparado a la realidad nacional para que podamos entender la importancia de esa fuente del derecho y adaptar en lo posible, la legislación nacional.
4. Asumir una actitud crítica, coherente, comprometida y propositiva ante los planteamientos teóricos y la aplicación práctica del Derecho de Personas y Familia.
5. Analizar las principales instituciones del Derecho de Familia en general: sus principios y fundamentos jurídicos que permita establecer los derechos y principios que deben ser desarrollados en normas secundarias para que las personas puedan ejercerlos de manera efectiva.

¹ Dra. Aida Kemelmayer de Carlucci, Presidenta del X Congreso de Familia. Mendoza, Argentina, 1998.

Esquema conceptual del módulo

PERSONAS Y FAMILIA

Conformada
por
Unidades

Introducción al Derecho Civil

contiene temas
como

- Generalidades del Derecho Civil
Concepto, objetivo, clasificación, fuentes, competencia y relaciones jurídicas.
- Las personas.
Concepto y clasificación
Personas naturales y jurídicas, la personalidad y fin de la existencia.
- El parentesco.
Concepto, evolución histórica, formas para su determinación y efectos.
- Registro del Estado Civil de las Personas.
Concepto, funciones del registrador y actos inscribibles.

La Familia

aborda temas
como

- La familia
Concepto, evolución histórica, principios y funciones.
- La familia en la norma constitucional nicaragüense.
- El matrimonio. Evolución histórica, requisitos, variantes o tipos de matrimonio, impedimentos matrimoniales y nulidad del matrimonio.
- La Unión de Hecho Estable
nuevo paradigma, requisitos de validez y regulación a nivel centroamericano.
- El divorcio. Concepto, tipos de divorcio, formas de disolución, procedimiento y sus efectos.
- La Filiación y la adopción.
conceptos, fuentes, clases, características y procedimientos.
Adopción Internacional: concepto e importancia
- Los alimentos y tutela
Conceptos, clases, sujetos, y formas de extinción.
- Anteproyecto de Código de Familia.

El Derecho de Familia en el Siglo XXI

aborda temas
como

- Los Métodos de resolución alterna de conflictos: Conceptos, clases
- La mediación como método de resolución alterna de conflictos en materia de derecho de familia
- Técnicas de reproducción humana asistida (maternidad subrogada)
- Reconocimiento de nuevos tipos de familia
- Procedimiento oral en materia de familia
- Derechos de la niñez y la adolescencia
Convención Internacional de los Derechos del niño, Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley No. 287 (1998), Lactancia Materna, Ley No. 295 (1999)

Contenido y descripción de las unidades autoformativas del módulo

Primera Unidad: Introducción al Derecho Civil

El estudio de los contenidos que abordaremos en esta primera unidad, tiene como fin, que establezcamos el concepto de Derecho Civil, las fuentes del derecho, las personas como sujetas de derechos y obligaciones, el parentesco que une a los miembros de una determinada familia o estirpe, sus implicaciones y efectos, así como la importancia del Registro del Estado Civil de las Personas.

Segunda Unidad: La Familia

Nos apropiaremos del concepto de familia a través de la historia, cómo se conciben los Derechos de Familia en la Constitución Política de Nicaragua, entre ellos el derecho a la constitución de una familia, los requisitos y efectos del matrimonio y de la unión de hecho estable; la disolución del matrimonio, la filiación, la adopción, el derecho de alimentos, la tutela, el ejercicio de las relaciones madre-padre hijos y la necesidad de contar con un Código de Familia en Nicaragua.

Tercera Unidad: Derecho de Familia en el Siglo XXI

En esta unidad y por tratarse de un nuevo siglo, destacamos en primer lugar, las distintas vías, métodos o formas alternas a la vía judicial comúnmente utilizada por la ciudadanía, para la solución de los conflictos tanto intra como interpersonales, la importancia de los mismos y la necesidad de su utilización que permita la consecución de la paz y armonía social.

También nos ocuparemos del estudio y análisis de las técnicas de reproducción humana asistida, el reconocimiento de nuevos tipos de familia, de los derechos de la niñez y la adolescencia, de la lactancia materna y del procedimiento oral en materia del derecho de familia. Asimismo será necesario desarrollar trabajos de investigación para fortalecer sus conocimientos

Metodología de estudio y evaluación

Este módulo debe ser estudiado cuidadosamente por usted, a partir de la ubicación e identificación de la persona como sujeto de derechos. Para ello es necesario que dedique varias horas a la semana de manera disciplinada, a fin de que pueda desarrollar con éxito las actividades de autoaprendizaje, completar los ejercicios que incluimos y realizar las evaluaciones propuestas. El tiempo que usted dedique a la comprensión del contenido teórico-práctico coadyuvará a su autoaprendizaje pudiendo auxiliarse del glosario que figura al final de cada unidad.

El estudio de este Módulo Autoformativo debe hacerse con un propósito creador, no memorístico, con el espíritu de que nos sea útil para resolver problemas.

Contacte a otros compañeros o compañeras de curso para intercambiar opiniones y para ampliar la información que vaya obteniendo.

Consulte a su tutor o tutora después que haya preparado los temas tratados.

Dedique al menos dos (2) ó tres (3) horas diarias al estudio de esta materia (podría ser una individual y otra colectiva, con sus compañeros (as) de curso).

Si tiene acceso a otras fuentes de información, consúltelas y los aspectos novedosos que encuentre compártalos con su tutor y sus compañeros (a) de curso.

Sistema de evaluación

En el desarrollo de este módulo autoformativo usted participará y ejercitará distintas formas de evaluar sus aprendizajes.

Una primera forma es la Evaluación inicial o diagnóstica, el objetivo es que usted mismo se dé cuenta cuáles son sus conocimientos y experiencias previas sobre la materia y de acuerdo con sus resultados se motive a estudiar o profundizar más sobre la asignatura en general o su contenido en particular, por ello es importante que responda con la mayor sinceridad a la prueba diagnóstica que se presenta al inicio de cada unidad autoformativa. Las respuestas al final, le permitirán verificar cuánto sabe, cuánto necesita aprender, qué debe profundizar, analizar, ejercitar y contextualizar.

La segunda forma es la evaluación formativa, ésta le permitirá ir valorando cuánto, cómo y para qué aprende e ir corrigiéndose en la marcha. Esta evaluación usted la realizará en la medida en que ejecute los ejercicios, reflexiones, actividades de autoaprendizaje y autoevaluación, por ello al final del módulo encontrará las respuestas a las actividades planteadas para que pruebe su avance.

La tercera forma es la evaluación sumativa, ésta se realizará presencialmente al final de cada unidad y módulo durante las sesiones de tutoría, las cuales son de carácter presencial y de acuerdo con la planificación y objetivos de la asignatura.

Dispóngase entonces, a realizar la evaluación diagnóstica.

Prueba Diagnóstica

Conviene que descubra cuánto conoce de este tema sobre aspectos tan cercanos a nuestra vida cotidiana para esto debe responder los puntos que a continuación le presentamos:

Recuerde ¿qué entiende por derecho?

¿Cómo se ha clasificado históricamente?

¿Cuál es el concepto de derecho y su objeto de estudio?

Puede mencionar las fuentes del Derecho?

¿Cuántos tipos de personas conoce?

¿Qué relaciones jurídicas cree que existen en el seno de una familia?

¿Por qué considera que el Derecho de Familia es parte del Derecho Privado?

¿Por qué considera que tales conocimientos pueden ayudarle en el análisis, estudio y comprensión de esta asignatura.

Imagine un poco qué son las personas y la vinculación con la familia que cada uno tiene.

Piense un poco en el tipo de relaciones que existen en su propia familia y descríbalas.

Autovalore sus conocimientos y experiencias previas comparando sus resultados con la hoja de respuestas que aparece en la página No. 108.

Utilice la siguiente escala para autovalorarse:

8 a 10 Respuestas acertadas	= Excelente
5 a 7 Respuestas acertadas	= Muy bueno
2 a 4 Respuestas	= Bueno
0 a 1	= Regular

Su ubicación en esta escala será un buen indicador para que usted mismo tome la decisión sobre el tiempo de estudio que dedicará, los temas a los que debe prestar más atención, el esfuerzo que tiene que poner a la asignatura, etc.

Si no respondió ninguna, ánimo, usted puede salir adelante, dedicándole mayor tiempo del previsto al estudio de este módulo.

Unidad Autoformativa I
Introducción al Derecho Civil

Introducción

Esta primera unidad autoformativa sienta las bases teóricas acerca del concepto del Derecho Civil, su evolución histórica y por consiguiente es de estudio obligatorio para poder analizar, entender y elaborar ejercicios prácticos contenidos en las dos unidades autoformativas siguientes, que se ocupan de la Familia y las instituciones del Derecho de Familia, tal como han evolucionado en el Siglo XXI, así como las nuevas doctrinas. Después de referirnos y estudiar el Derecho Civil nicaragüense, se aborda la Teoría General de las Personas, iniciando con la persona natural e individual y sigue el orden lógico que lleva a la persona jurídica colectiva; presentamos en forma clara y coherente las diferentes teorías, que sobre la naturaleza jurídica de esta última merecen señalarse y en particular, lo relativo a las personas jurídicas sin fines de lucro.

Abordamos también el parentesco, su importancia y tipos que reconoce la legislación nicaragüense, la utilidad de esta tipología, así como los derechos e impedimentos que por razón del vínculo se establecen entre las personas naturales. Como complemento, incluye la personalidad, las teorías de la personalidad, sus derechos y atributos, así como disposiciones e importancia del Registro del Estado Civil de las Personas. Si Ud., se dispone a estudiar con entusiasmo y profundidad esta unidad, con seguridad usted podrá:

Manejar las disposiciones jurídicas sobre la persona en general en la legislación nicaragüense, así como su ámbito de competencia, derechos, deberes y limitaciones en el ejercicio de los mismos.

Realizar un análisis del concepto de persona natural y jurídica y su importancia para el Derecho, establecer la clara distinción entre ambas y reconocer los derechos y obligaciones que le asisten a cada una.

Estudiar el significado del parentesco y sus efectos jurídicos en los distintos ámbitos del Derecho, pues éste condiciona y en algunos casos, prohíbe determinados actos a las personas naturales, tales como el acceso a determinados cargos o la imposibilidad de realizar ciertos actos.

Determinar el ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre los miembros de la familia e interpretar el mismo, de la mejor manera, para su eficiente aplicación.

Hacer uso del ordenamiento para resolver o prevenir los conflictos jurídicos que se presentan en las relaciones interpersonales y vincular el marco regulatorio con el quehacer diario de la administración de justicia, en esta materia.

Promover el respeto a las leyes que regulan las relaciones entre las personas e incentivar el cumplimiento de la ley, como actitud ciudadana consciente y no sólo por disposición legal, sino para procurarse un entorno seguro entre las personas.

A. GENERALIDADES DEL DERECHO CIVIL

En este apartado trataremos del aspecto introductorio del Derecho Civil, así como de la división, objeto de estudio, sus fuentes y la competencia del órgano legislativo en esta materia, con el propósito de apropiarnos de su contenido, importancia y trascendencia en la vida de las personas, como sujetos sociales del derecho, pero

¿ A qué llamamos Derecho Civil? Antes de que conceptualicemos y hablemos del Derecho Civil, es necesario que recuerde los conceptos básicos que estudió en las asignaturas de Introducción al Estudio del Derecho y en Historia del Estado y del Derecho, fundamentalmente qué es derecho. Anote su significado, ya que estaremos recurriendo a él con frecuencia. Recuerde también que el derecho ha sido creado en atención a las personas, todo derecho supone a un sujeto a quien compete. A este sujeto se le da el nombre de persona.²

1. Concepto de Derecho Civil

Avancemos, el otro componente del tema que tratamos es civil, qué significa para usted ese término? qué se le ocurre al escuchar esta palabra? Anote sus ideas sobre el vocablo civil.

Cuando en la educación presencial hacemos esta pregunta los/as estudiantes expresan: "Civil tiene que ver con las personas, con los grupos sociales". " Relativo a las personas " "se refiere a las personas que conviven en una ciudad o territorio", "no militar", etc., Ahora revise su idea inicial del término "civil" con las presentadas por ellos y compruebe, seguramente que se parecen, está de acuerdo con ellos?. Efectivamente civil viene del vocablo jurídico latino "civis" ciudadano y "civitas", de ciudad, entre los romanos el término ciudad, era usado como organización administrativa y política, como estado, municipio o colonia, y políticamente como el conjunto de derechos civiles inherentes a la cualidad del ciudadano, término que también usted estudió en las asignaturas mencionadas anteriormente.

Retomemos pues del término Derecho lo relativo a orden y de civil lo relativo a ciudadano, persona, sujeto; de esta manera podemos construir el siguiente concepto y decir que:

↳ **Derecho civil es un conjunto de normas que regulan de manera general a las personas, la familia y la propiedad de las cosas o bienes. Representa la rama jurídica más antigua del derecho y tiene su origen en las sociedades primigenias.** ✖

Técnicamente el Derecho Civil es el conjunto de normas reguladoras del estado, condiciones, relaciones de las personas. Incluye la personalidad y la capacidad individual; el derecho de familia que se ocupa del matrimonio, la filiación, la paternidad y el parentesco; el derecho de las cosas que rigen la propiedad y los demás derechos sobre los bienes, está ligado estrechamente con el derecho sucesorio, el derecho de obligaciones y los contratos.

² Hernán Larraín Ríos. *Lecciones de Derecho Civil*. Colección Manuales Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, 1994.

2. Clasificación tradicional y naturaleza del derecho

a. ¿Cuál ha sido la clasificación tradicional del derecho?

Tradicionalmente el derecho se ha clasificado en derecho público y derecho privado, clasificación que data desde la época de los romanos, siendo este último el que se encarga de regular las diferentes situaciones que pueden dar lugar al establecimiento de relaciones jurídicas entre sujetos, por el sólo hecho de existir. Esta disciplina, al regular las relaciones entre particulares, se le ubica dentro de la rama del Derecho Privado, pues priva el interés particular o personal, sobre el interés social o del Estado.

Hoy día se habla de una tercera rama del derecho, como es el Derecho Social. Sin embargo, debemos considerar el objeto de estudio de cada uno de éstos.

El **Derecho Público** estudia el conjunto de instituciones, principios y normas que regulan los intereses y relaciones del Estado y la sociedad en general, estas normas no están sujetas al arbitrio de las partes, es decir, son normas imperativas, no dispositivas, por tanto deben ser acatadas.

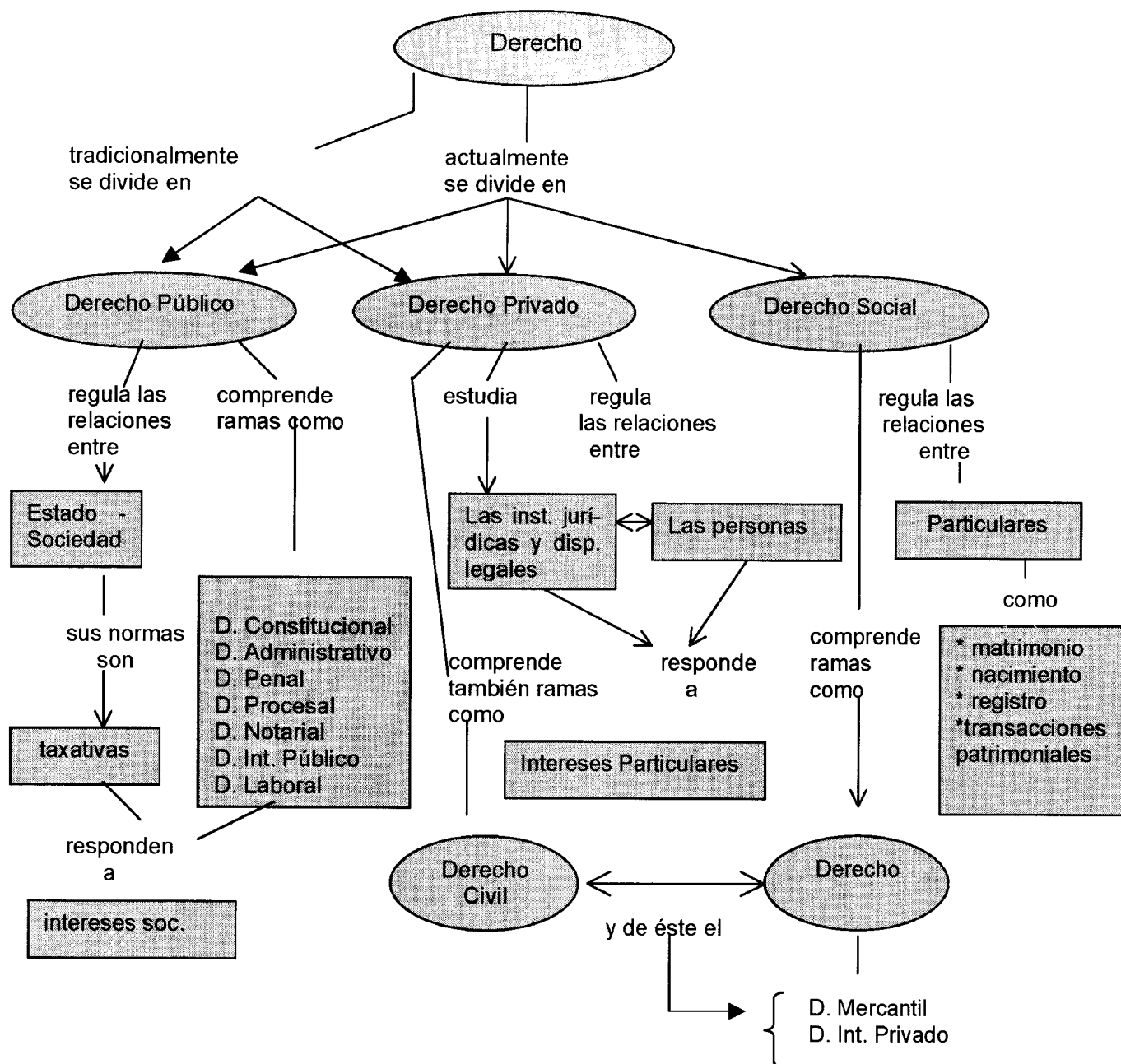
Sus principales ramas son: Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Notarial, Derecho Internacional Público, Derecho Laboral.

En cambio, el **Derecho Privado** tiene como objetivo el estudio de las instituciones jurídicas y disposiciones legales que regulan las transacciones y actuaciones realizadas por las personas, en las cuales prima el interés personal o particular.

b. ¿Cuál es la clasificación más actualizada?

Con el desarrollo del Derecho Social, el Derecho Privado ha sufrido reducciones, con tendencia a quedarse regulando fundamentalmente, los asuntos relativos al ámbito personalísimo de los sujetos, tales como: el matrimonio, nacimiento, registro y transacciones patrimoniales sin fines de lucro, etc. Forman parte de éste, las siguientes ramas: Derecho Civil, Derecho Mercantil, Derecho Internacional Privado.

De lo anterior se deduce que el Derecho Civil al regular las relaciones entre los particulares, que no son más que las mismas personas naturales, desde su nacimiento hasta el fin de su existencia, está ubicado dentro de la Rama del Derecho Privado y dentro del Derecho Social si asumimos la clasificación más actualizada del derecho. Resumiendo:



3. ¿Qué estudia el Derecho Civil?

El Derecho Civil tiene como objetivo establecer las instituciones jurídicas que regulan las transacciones y actos que realizan las personas en su carácter individual o patrimonial, es decir, regula los actos más importantes de la vida humana, desde el nacimiento hasta el fin de la existencia de las personas.

Ejemplo: Cuando una persona nace, según el Derecho Civil, es necesario dar aviso de su nacimiento al Registro del Estado Civil de las Personas de la localidad donde ha nacido, así como de todos aquellos hechos que vayan afectando la vida o el estado civil de esa misma persona; de manera que si esta persona cuando es mayor de edad y decide contraer matrimonio, ese acto debe también ser inscrito en el Registro del Estado Civil de las Personas, porque su estado civil ha variado.

4. ¿Cuáles son las Fuentes del Derecho Civil?

En cuanto a las fuentes o fuerzas creadoras del Derecho Civil, es necesario hablar de la ley y los procedimientos a través de los cuales surge el derecho, de ahí que sólo falta retomar las fuentes generales del Derecho, tales como:

a. Fuentes formales o jurídicas

Estas fuentes pueden ser directas o indirectas. Son fuentes directas: la ley y la costumbre. La **ley**, como fuente formal, no es más que la norma jurídica dictada por el estado investido del poder soberano y que permite la regulación de la conducta social, mediante ésta se ordena, permite o prohíbe, hacer algo. Es entonces el proceso legislativo y su resultado.

Ejemplo: La Constitución Política de la República de Nicaragua es una ley directa, es la ley fundamental, a la que se subordinan las demás leyes o normas jurídicas. De un rango inferior o de menor jerarquía es la Ley de Personas Jurídicas sin fines de lucro, Ley No. 147, 1992.

La **costumbre** como fuente directa no es más que un hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie y está llamada a llenar las lagunas legales. "En los casos que no están especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil; y en defecto de éstos, se aplicarán las costumbres mercantiles, prevaleciendo las locales o especiales sobre la general."³

Ejemplo: Nadie puede alegar ignorancia de la ley, es una máxima que ha sido asumida por todos y todas como una norma, a pesar de no estar escrita en ley alguna.

Son fuentes indirectas: la jurisprudencia, la analogía, la doctrina, el derecho comparado, los acuerdos o convenios internacionales, entre otros, estos últimos, debidamente ratificados por el Estado.

Estas poseen carácter supletorio y permiten aclarar la oscuridad de una determinada ley o disposición. Se denominan así por ser complemento de las normas jurídicas. (Generalmente son fuentes no escritas como veremos más adelante.)

Ejemplo: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la Mujer (CEDAW), El Código Civil de Guatemala, el Código de Familia de Costa Rica y /o las sentencias de los tribunales que han sentado opinión o criterio jurídico.

³ Art.2 Código de Comercio de Nicaragua. 2da. edición, Managua, Nicaragua, 1974

b. Fuentes materiales o sociológicas.

Estas fuentes a su vez pueden ser escritas y no escritas integradas por factores sociales, culturales, religiosos, políticos y económicos.

1). Fuentes escritas

Sobre ellas, la Constitución Política de la República de Nicaragua se constituye en fuente superior de producción del derecho, ley suprema de la nación, cualquier ley común que le fuera contraria, es ineficaz.

Los tratados internacionales se encuentran en segundo grado en jerarquía, son instrumentos suscritos entre los estados de manera bilateral o multilateral que tienen incidencia en el derecho interno de los estados partes. El ordenamiento jurídico se presenta como una construcción jerárquica de superior a inferior.

Ejemplo: La Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer, entre otros. Todas estas convenciones son parte del ordenamiento jurídico interno en razón de que Nicaragua es estado parte, suscriptor y ratificante de los mismos.

2). Fuentes no escritas

En este tipo de fuentes se consideran la costumbre, los usos y principios generales del derecho.

La **costumbre** se considera como la práctica repetida de una determinada conducta socialmente aceptada.

El **Uso**, como fuente del derecho, constituye la práctica, estilo o modo de obrar colectivo o generalizado que se ha introducido imperceptiblemente y ha adquirido fuerza de ley. Aquí es sinónimo de modo de proceder y constituye un elemento de la costumbre. Para ser admitido debe ser múltiple no contrario a la moral ni a las buenas costumbres y tácitamente aceptado por el consenso público. Esta forma rudimentaria o inicial del derecho consuetudinario que coexiste con la ley escrita.⁴

El uso como la costumbre se usan indistintamente, sin embargo, son diferentes una del otro.

Antes de pasar a otro aspecto, recordemos ¿Qué y cuáles son los Principios Generales del Derecho? Son Axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones o sea, las reglas del derecho. Son dictados de la razón admitidas por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento

⁴ Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Manuel Osorio. Editorial Heliasta, Buenos aires, 1994

Para algunos autores, son los del Derecho natural, o sea los que se derivan de la naturaleza misma de las cosas.⁵

Según la concepción dogmática del Siglo XX, **derecho** es igual a ley más costumbre, más jurisprudencia más práctica extrajudicial (ley + costumbre + jurisprudencia, + práctica extrajudicial = Derecho).

La **jurisprudencia** es la opinión de los tribunales de justicia sobre casos concretos. Es el conjunto de fallos y sentencias, no poseen carácter coercitivo, pero gozan de autoridad en el mundo académico.

Se entiende por **jurisprudencia** la interpretación que de la ley hacen los tribunales para aplicarla a los casos sometidos a su jurisdicción. Así pues, la jurisprudencia está formada por el conjunto de sentencias dictadas por los miembros del Poder Judicial sobre una materia determinada.

Para el caso de Nicaragua, la propia Corte Suprema de Justicia ha dicho que respecto a sus fallos se considerará jurisprudencia cuando hayan tres sentencias o más en el mismo sentido. Pero en el caso de materia laboral, son los Tribunales de Apelaciones o de segunda instancia los que sientan jurisprudencia y éstos tienen criterios menos rígidos al respecto. Cada Tribunal de cada circunscripción tiene su propia jurisprudencia, porque no hay un Tribunal Superior Común unificador.

Ejemplo: Aplicación efectiva del Arto. 45 del Código del Trabajo (Ley No. 185), relativo a la indemnización por años de servicio a que tiene derecho una persona trabajadora cuando es despedida sin justa causa.

El Arto. 443 del Código Procesal Civil (Pr), establece que el funcionario judicial debe resolver las pretensiones de las partes, de ahí que se pueda acudir a la **analogía**, es decir que si la norma vigente no recoge, ni es apropiada para la solución del caso concreto, puede el juez o la jueza hacer uso de los principios de las leyes análogas.

Ejemplo: Si un determinado caso en materia laboral, no encuentra salida jurídica, se puede acudir a la legislación civil, si fuere el caso, no así en materia penal, porque los tipos penales están debidamente establecidos en la ley. En este caso no se puede recurrir a la analogía jurídica, ni a una ley similar. De manera que como fuente indirecta; ésta consiste en la búsqueda de normas existentes en otros códigos de nuestro sistema jurídico para aplicarlas a un caso concreto, ante la ausencia de una norma específica.

La **doctrina** es el aporte a la interpretación del derecho, el estudio y análisis hecho por juristas de prestigio.

Ejemplo: Normalmente, abogados y abogadas, constantemente,, citamos a los maestros, a los estudiosos del derecho, tales como: Montesquieu, al Código Francés o Código de Napoleón, Guillermo Cabanellas y Torres, Eduardo Couture, Eduardo García Maynez, Alejandro Serrano Caldera, Sara Montero Duhal, Julio Francisco y Théodulo Báez, de una y otra disciplina del derecho, porque sus tesis continúan siendo motivo de inspiración y fundamento de juicios y sentencias, así como guías y perfectas auxiliares de la enseñanza del derecho.

⁵ ibidem. Op. Cit.

En cuanto al **derecho comparado**, permite el estudio y análisis de las experiencias jurídicas acumuladas por otros países en una materia determinada. Ejemplo: Los Códigos de Familia de la región centroamericana.

Los principios generales del derecho se aplican en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio del carácter informador del sistema jurídico.

Como podemos observar, en el recorrido hecho por las distintas fuentes del derecho, se aprecia e infiere la interrelación existente entre las mismas, las diferencias de unas y otras. Sin descuidar la importancia que cada una posee en la aplicación a casos concretos.

Nicaragua en el concierto de las naciones no se ha quedado a la zaga, es evidente su constante uso. En la actualidad, estudiantes, litigantes, jueces y magistrados, así como la población en general, reiteran con frecuencia la existencia de éstas y la conveniencia de su invocación cada vez que sea necesario.

5. ¿Quién tiene la competencia legislativa en materia civil e iniciativa de Ley?

La Constitución Política vigente desde el año 1987 y sus reformas de los años 1995 y 2000 contempla en sus Artos. 132 al 143, que el órgano competente para emitir las normas legales, es el Poder Legislativo o Asamblea Nacional.

Ahora bien, para hablar del Derecho Civil nicaragüense, es necesario recordar que en el año 1804 se publicó el Código Civil francés, conocido como Código Napoleónico, el que tuvo mucha influencia en América Latina y Europa. Sin embargo, a pesar de la independencia lograda por los países centroamericanos el 15 de septiembre de 1821, siguieron vigentes las leyes de la Colonia y es hasta en el año 1867 cuando se promulga el primer Código Civil en Nicaragua siendo presidente de la república el señor Tomás Martínez. Este Código era copia fiel del Código Civil chileno.

El Código Civil y las leyes especiales, en la actualidad, son los instrumentos fundamentales con que cuenta esta rama del Derecho. El Código Civil consta de 3,984 artículos en dos tomos, título preliminar de XXXVIII artículos, que se refieren a la ley en general, sus efectos, cómo se aplica y de tres LIBROS que tratan el Primero (I) de las personas y de la familia; el Segundo (II) de la propiedad, modos de adquirirla y sus diferentes modificaciones y el Tercero (III) de las obligaciones y contratos.

Este Código continúa vigente aunque data del año 1904, se elaboró mientras era jefe de gobierno el general José Santos Zelaya, en él se estableció la igualdad y libre contratación entre los cónyuges, el divorcio, la investigación de la paternidad, la patria potestad, liberó a la mujer de la potestad marital y suprimió la muerte civil, entre otros aspectos importantes.

Seguramente, a través de la lectura habrá advertido que hemos dejado señalada la composición del Código Civil, así como su objetivo y fecha de promulgación, sin embargo, este cuerpo normativo debe auxiliarse de leyes especiales o reglamentarias, éstas son las que se emiten con posterioridad al Código y permiten aclarar, ampliar, modificar y/o derogar una u otra disposición previamente establecida.

Ejemplos claros de lo anterior, son: la Ley No. 38, -Ley para la disolución del matrimonio por voluntad de una de las partes, del 28 de abril de 1988 y Ley No. 143 -Ley de Alimentos, del 18 de febrero de 1992, la primera modifica el Código Civil en lo relativo a las formas de disolución del matrimonio y la segunda deroga completamente el Capítulo Único del Título IV De los Alimentos, Artos. 283 al 297 del Código Civil.

Por tanto, las leyes especiales tienen primacía sobre cualquier otra disposición existente, aunque esta última se halle contenida en el mismo Código Civil. Ellas son aprobadas por el órgano legislativo, previo al dictamen de la Comisión de Justicia.

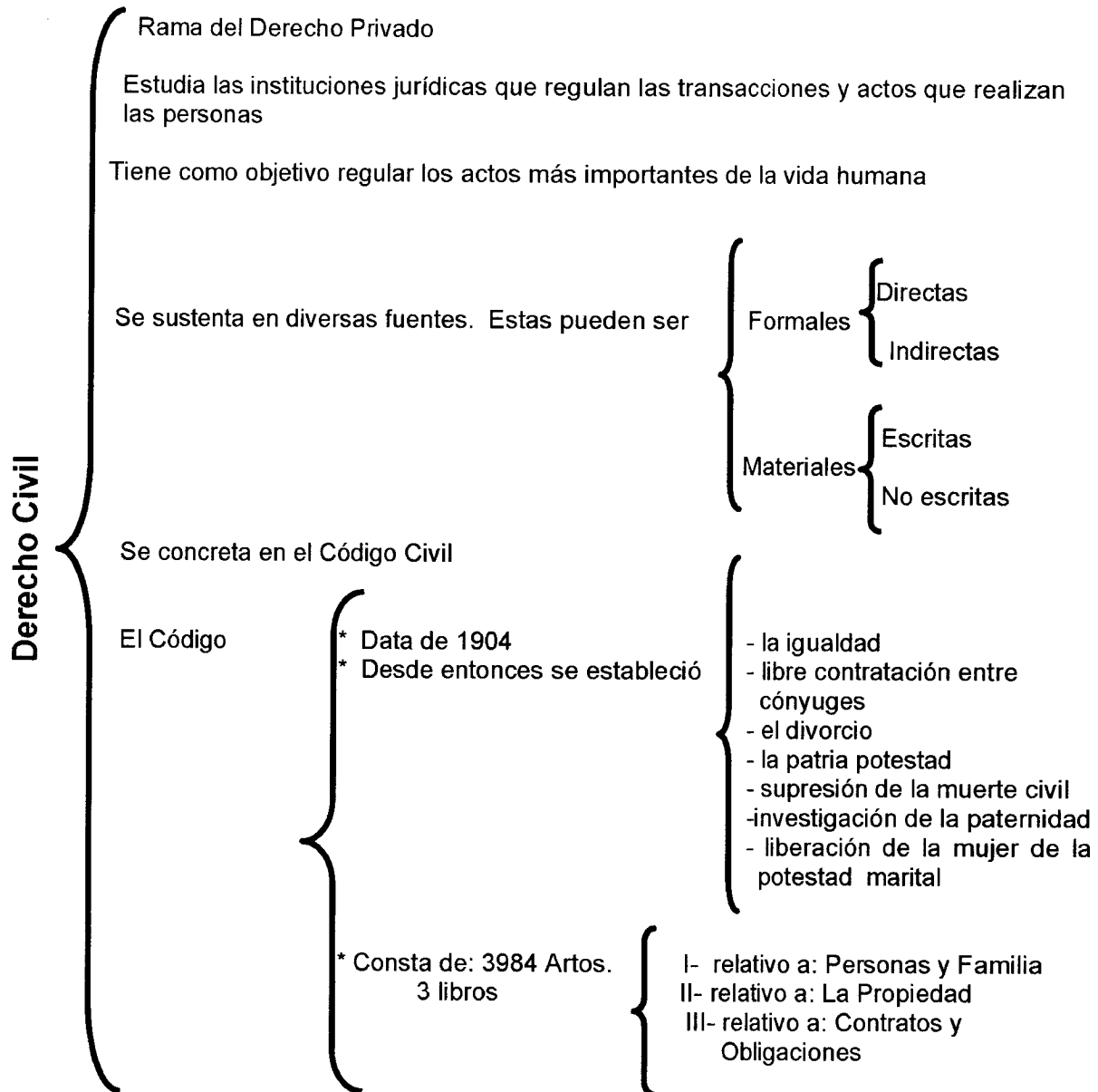
En síntesis la competencia legislativa en materia civil, la tiene el órgano legislativo es decir, la Asamblea Nacional.

No obstante, en materia legislativa es importante que tengamos claro quiénes son los sujetos **que poseen iniciativa** de ley para proponer y/o presentar proyectos de leyes. De conformidad con lo previsto en la Constitución Política "Tienen iniciativa de ley:

- a. Cada uno de los diputados de la Asamblea Nacional, quienes además gozan del derecho de iniciativa de decretos, resoluciones y declaraciones legislativas.
- b. El Presidente de la República. El Poder Ejecutivo está limitado en sus facultades, de emitir leyes, y afectar los códigos vigentes, en el período que le fuere delegada la función por parte del Poder Legislativo, es decir, que las disposiciones legales, decretos o leyes que emita el Poder Ejecutivo, en ese lapso, en ningún caso deberán afectar los códigos cuando de manera particular tiendan a su modificación.
- c. La Corte Suprema de Justicia, el Consejo Supremo Electoral, los Consejos Regionales Autónomos y los Consejos Municipales, en materias propias de su competencia.
Ejemplo: Leyes particulares como: La Ley de Carrera Judicial, La Ley Electoral o Reformas a la misma; Estatuto de la Autonomía, así como el Reglamento o reformas a dichos instrumentos
- d. Los ciudadanos. En este caso la iniciativa deberá ser respaldada por un número no menor de cinco mil firmas. Se exceptúan las leyes orgánicas, tributarias o de carácter internacional y las de amnistía y de indultos.⁶ **Ejemplo** de una ley aprobada por iniciativa ciudadana lo fue la Ley No. 230 -Ley de Reformas y Adiciones al Código Penal, del año 1996, que tipifica y sanciona la violencia intrafamiliar.

Para concluir este apartado y a fin de precisar mejor lo relativo al Derecho Civil, recordemos y observemos este cuadro sinóptico:

⁶ Constitución Política de la República de Nicaragua. Arto. 140



6. ¿ A qué denominamos Relaciones Jurídicas?

En este apartado de las Generalidades del Derecho Civil, también nos referiremos a la relación jurídica, éstas las concebimos, como el vínculo que se establece entre dos o más sujetos. Es regulada por el derecho objetivo y nace de un hecho jurídico, según Arturo Alessandri.

Ejemplo: Ernestina Juárez Midence propietaria de una casa en el barrio Camilo Chamorro de esta ciudad, decide venderla a Stephanie Hodgson; convienen el precio, las condiciones de pago y fecha de entrega del bien. Al acordar (mediante el consentimiento de ambas personas), han establecido un vínculo, una relación, una conexión, que el derecho se encarga de perfeccionar a través de la entrega de la casa, a cambio de una cantidad de dinero y la transmisión del bien se opera a través de un instrumento público que comúnmente llamamos "escritura pública", documento que se extiende en papel sellado y debe ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad Inmueble de este mismo departamento. La razón registral autorizada por el funcionario responsable, es lo que nos dice e indica que la nueva propietaria del citado bien inmueble (la casa) es la señora Stephanie Hodgson.

Para Arturo Puente, jurista mejicano, relación jurídica es la que surge entre los individuos respecto a su conducta privada. Así mismo para Windscheid, es la declaración de voluntad de una persona en virtud de la cual quien la hace, se propone crear, modificar o extinguir, un derecho o una relación jurídica (acto jurídico).

a. ¿Cuáles son los elementos de la Relación Jurídica?

Se identifican como elementos de esta relación:

- 1). Los sujetos o personas, las únicas posibles de derecho; (Ernestina y Stephanie en el ejemplo citado)
- 2). El objeto que debe ser cierto, posible, lícito y que exista en el momento (la casa)
- 3). La causa, que es el aspecto subjetivo, la intención de la parte y a su vez, el aspecto objetivo, que es la finalidad económica-jurídica.

Estas personas que intervienen, pueden ser naturales o jurídicas, públicas o privadas, activas y pasivas. Las primeras (activas) exigen el cumplimiento de la obligación y los segundos (pasivas) se obligan a dicho cumplimiento.

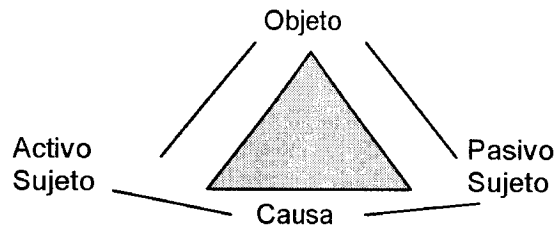
La aptitud para ser sujeto activo o pasivo de una relación jurídica, se denomina personalidad, que no es más que la misma capacidad jurídica. En la aplicación de la norma jurídica observamos un carácter bilateral, de ahí que los efectos de esa norma sitúa a los sujetos en forma activa o pasiva.

Ejemplo: Obligación de carácter económico entre una persona y una institución económica. Acudimos al Banco de Finanzas a solicitar un préstamo de Cinco Mil córdobas (C\$5,000.00) el que se nos autoriza. Aquí podemos observar dos sujetos de derecho uno, el Banco (persona jurídica) denominada acreedora y otro usted o yo (persona natural) denominada deudora. En esta obligación se ha establecido una relación jurídica por razón de sus efectos, existen los sujetos, activo y pasivo, un objeto cierto de la obligación y una causa.

Ahora bien, otro ejemplo es la relación que se establece entre el estado como entidad, como persona jurídica por excelencia y que por razón de su investidura. dicta una ley, una norma jurídica a través de los órganos competentes y los/as ciudadanos y ciudadanas estamos obligados /as a su cumplimiento.

Como podemos apreciar; en ambos casos, existe relación jurídica, aunque de distinta naturaleza.

En la gráfica puede observar a los sujetos, activo y pasivo (que en este caso lo denominados al primero acreedor y al segundo, deudor), el objeto y la causa, todos ellos permiten que hablemos de la relación jurídica, como una relación triangular.



Concluamos:

De lo anterior podemos afirmar que la relación jurídica es todo vínculo de derecho entre dos o más personas, entre una de ellas al menos y una cosa corporal o incorporal con trascendencia en el ordenamiento jurídico. Es entonces, la relación, el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad, dirigidas a producir un determinado efecto jurídico sea éste un derecho o una obligación.

b. ¿Cómo se clasifican las relaciones jurídicas?

Por razón de los sujetos que intervienen, las relaciones jurídicas se pueden clasificar en:

1). Relaciones jurídicas privadas, entre las que se destacan:

- a). -De la personalidad. **Ejemplo:** El respeto al derecho a la vida, o bien a cambiarnos nuestro propio nombre y, esto sólo es posible ejerciendo nuestro derecho individual o a través de apoderado.
- b). -De la familia. **Ejemplo:** Las obligaciones y derechos que se establecen entre el padre y la madre, respecto a sus hijos e hijas;
- c). Entre cónyuges, entre parientes. **Ejemplo:** de asistencia recíproca, alimentos, y de herencia
- d). -Patrimoniales, derechos de sucesión, usufructo de bienes y otros. **Ejemplo:** A poseer sus propios bienes, usar y gozar de bienes ajenos o propios, comprar, vender, donar o ceder, bienes propios a cualesquiera persona; así como a heredar por razones de parentesco
- e). -De tráfico, que son los derechos reales y las obligaciones. **Ejemplo:** Comprar, vender, y de cualquier forma enajenar bienes propios o ajenos con la debida autorización de su propietario.

2). Relaciones jurídicas de carácter público:

En ellas interviene el estado como órgano coercitivo y sancionador de los actos delictivos y no son objeto del estudio del Derecho Civil.

Algunos autores hablan de relaciones jurídicas de coordinación y relaciones jurídicas de subordinación, según el nivel jerárquico en que se encuentren los sujetos sean éstos particulares o el Estado como ente de derecho público. A pesar de lo antes señalado, el Estado puede llegar a establecer relaciones de coordinación al contratar con los particulares, pues ambos sujetos están igualmente obligados al cumplimiento de lo pactado, que presupone el consentimiento de las partes, como elemento de validez de los contratos.

Es importante señalar cómo se manifiestan los sujetos en las distintas relaciones que establecen, así podemos concluir en que existen relaciones de todo tipo: familiares, laborales, mercantiles, internacionales, etc., y que según el nivel que ocupen los sujetos que intervienen en ellas, serán de uno u otro tipo.

Ejemplifiquemos:

- a) **Subordinación:** La alcaldía de Managua, avisa a todos los propietarios de bienes inmuebles que la fecha de pago del 1% de IBI, expira el 30 de septiembre. Es una disposición de obligatorio cumplimiento para todas las personas poseedoras de bienes inmuebles y el no pago en tiempo se pena con multa. Es autoritario, es un mandato, no cabe reducción, ni extinción, salvo que exista una ley que así lo disponga.
- b) **Coordinación:** Juan Carlos y Mario deciden de manera voluntaria la compraventa de un vehículo, señalan el valor, modelo y fecha de entrega tanto del pago como del vehículo; ambos se encuentran en el mismo nivel. De manera que cualquiera que incumpla el acuerdo puede reclamar al otro su derecho violentado. Esta es también de carácter horizontal.
- c) **Jerárquicas:** Estas relaciones jurídicas se caracterizan porque emanan de una persona jerárquicamente superior a nosotros, estamos subordinados o sometidos a su autoridad.

Ejemplo: los Ministros de Estado jerárquicamente están dependiendo del Presidente de la República.

Con este último aspecto hemos abordado el tema de las Generalidades del Derecho Civil, pudimos entrar en contacto con el concepto del derecho civil, sus manifestaciones, clasificación tradicional y actualizada, el objeto, las fuentes del derecho, sus diferencias e importancia la competencia legislativa en este material, al igual que lo relativo a las relaciones jurídicas, los distintos tipos que se pueden establecer en la vida cotidiana y los sujetos que en las mismas participan, las personas, nosotros mismos.

Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.(Arto. 6 Declaración Universal de los Derechos Humanos)

B. LAS PERSONAS

Seguramente, el estudio de este tema le resultará muy familiar y de fácil comprensión ya que su contenido tiene que ver con cada uno de nosotros, como individuos o seres sujetos de derecho. Es por ello que en este apartado trataremos de las personas, tanto naturales (nosotros mismos) como de las jurídicas las que surgen por ficción de la ley (empresas, asociaciones, corporaciones, etc.) de los derechos y obligaciones, capacidades y limitaciones, incluyendo desde luego los derechos y atributos de la personalidad. Nos referiremos a unas, desde la concepción en el seno materno hasta la muerte y a otras, desde su constitución hasta su extinción. Dispongámonos pues a su estudio y análisis, partiendo de su conceptualización.

1. Concepto y clasificación

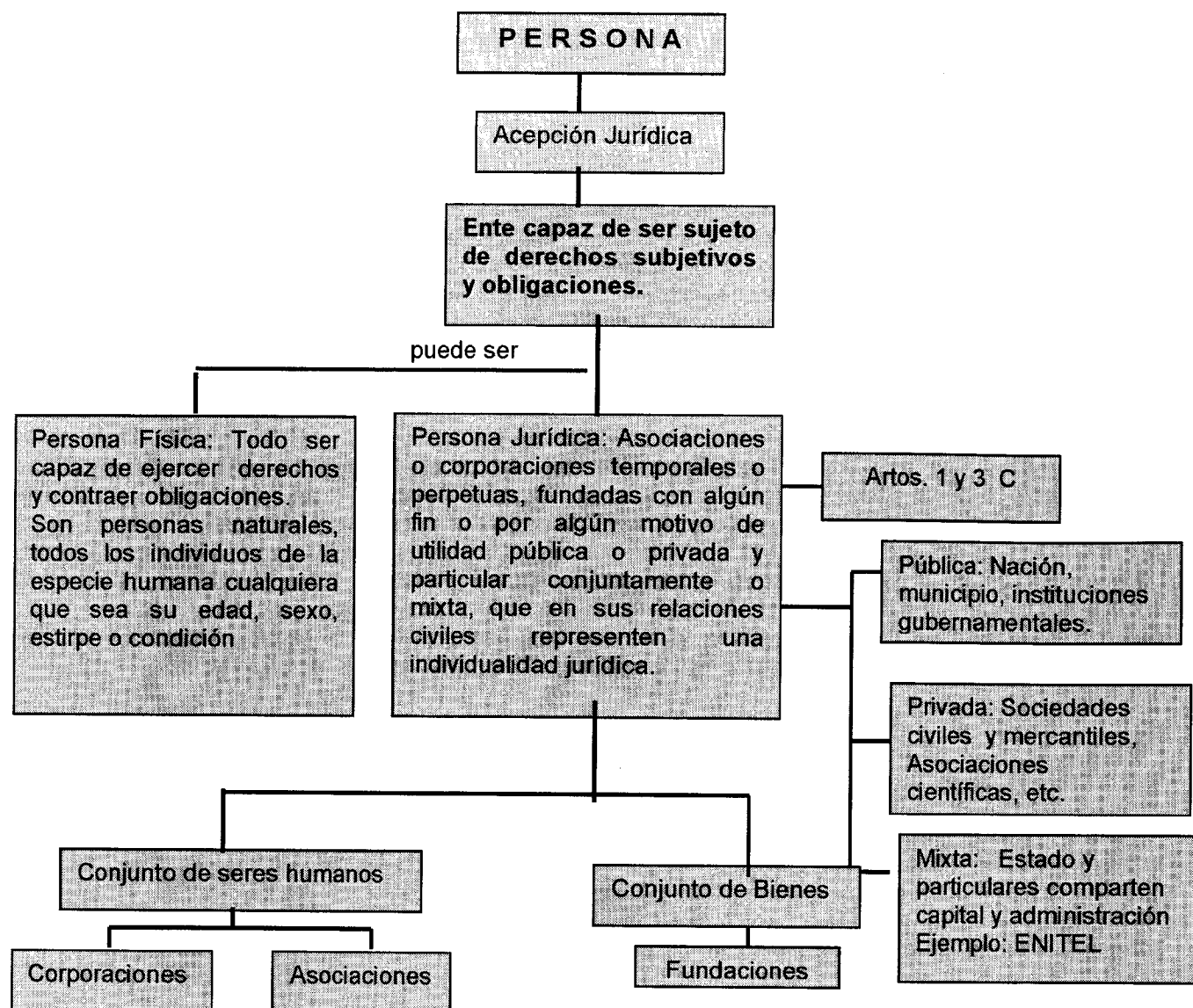
¿Qué significa “persona”? en el lenguaje popular y cotidiano al pensar en esta palabra generalmente la asociamos a ser humano, gente, individuo, sujeto, ser pensante, etc. sin embargo es necesario decir que su uso y significado ha evolucionado y tiene connotaciones distintas, según la disciplina de estudio. Etimológicamente, el término persona viene del vocablo latín PERSONARE, que designaba la máscara de la cual se servían en escena los actores en Grecia y Roma, dando amplitud a su voz, con el objeto de identificar el personaje que representaban. Posteriormente este vocablo se utilizó para señalar el papel que cada uno desempeñaba en la sociedad, también designaba a la persona del jefe de familia, o del tutor.

Dicha etimología es interesante y demuestra que, desde su origen, el concepto de persona ha sido algo artificial, una creación de la cultura y no de la naturaleza. No interesan al derecho todas las calidades reales, físicas o psíquicas de los sujetos del derecho, sino sólo algunas características relevantes para la situación jurídica del sujeto en cuestión: que sea de tal nacionalidad, que tenga su domicilio en tal parte, que sea mayor de edad, etc. estos datos forman juntos la “máscara” que este determinado actor lleva en el drama del derecho. El resto podrá interesar a su esposa, a su médico, pero no tiene importancia en la escena jurídica.⁷

Jurídicamente, se da el nombre de sujeto o persona, a todo ente capaz de tener facultades y deberes. Es el ente capacitado por el Derecho para actuar como sujeto activo o pasivo en las relaciones jurídicas.

La definición del término persona implica en general, un grado importante de complejidad en virtud de las diversas acepciones que conlleva. Para nuestro estudio es indispensable acotarlo debidamente desde el punto de vista eminentemente jurídico, deslindándolo por consiguiente de otras acepciones como la filosófica, la sociológica y psicológica. Por ello en el siguiente esquema desarrollamos la acepción jurídica.

⁷ Derecho Romano. Guillermo F., Margadant S.A. Colima. México 7, D.F. 1978



Como puede observar en el cuadro que antecede, la doctrina distingue dos clases de personas;

- La persona física (persona jurídica individual). Es el ser humano, el hombre o mujer, en cuanto tiene obligaciones y derechos. Se les denomina también Personas Físicas, personas jurídicas individuales.
- Las personas jurídicas (personas morales o colectivas) Son los entes creados por el Derecho. No tienen una realidad material o corporal, se les ha reconocido capacidad jurídica para tener derechos y obligaciones.

El Código Civil nicaragüense (C), al denominar el Libro I De las Personas, nos induce a pensar que la persona es el eje central en torno del cual gira el Derecho Civil, o bien que el derecho en general ha sido establecido para las personas pero es sólo apariencia, pues el apartado dedicado al derecho patrimonial es mucho más extenso, aunque se ocupa en buena parte de LA FAMILIA.

a. ¿Cómo clasificaban los romanos a las personas?

Antes de continuar, es importante que recordemos la diferenciación y clasificación de personas que hacían los romanos, pues la mayoría de los códigos civiles actuales tienen su fundamento en el Derecho Romano, en el que se distinguían tres tipos de personas:

- 1). Las personas en sí mismas: Esclavo-cosa, que carecía de personalidad y las personas libres, en los que se distinguían los ciudadanos y no ciudadanos.
- 2). Las personas eran consideradas en familia: **Alieni iuris**, aquellas sometidas a la autoridad de otros; **Sui iuris**, libres no sometidas a autoridad alguna (pater familia).
- 3). Las personas eran consideradas por su naturaleza: Físicas, todos los seres de la especie humana; Jurídicas, carecían de existencia física, según Justiniano, quien señalaba que las mismas nacían de la ley, eran creadas por ella, siendo la persona jurídica por excelencia, el Estado

Para ser persona, conforme el Derecho Romano era necesario reunir los tres status así: Status Libertatis (ser libres, no esclavos), Status Civitatis (ser ciudadanos romanos, no extranjeros) y Status Familiae (ser independientes de la patria potestad).

Como ya mencionamos nuestro código civil también se fundamenta en el Derecho Romano y en conceptos modernos que sobre persona se han venido planteando históricamente. Así, el Arto. 1 C, establece: "Es persona todo ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. Las personas son naturales y jurídicas." El concepto citado, da la apariencia que sólo a los que tienen capacidad se les considera persona, sin embargo, esto no es así, más adelante se aborda el término CAPAZ, a fin de aclarar de mejor manera este concepto.

La personalidad, era el resultado de la reunión de estos tres requisitos, incluso podía comenzar un poco antes de la existencia física independiente y terminar algo después de la muerte, como se verá en lo que luego expondremos.⁸

Para el Ius Civile, los esclavos no fueron considerados personas, sin embargo, en el Ius Naturale, se reconocía que todos los hombres eran iguales.

El Arto. 2 C., reconoce la igualdad de todos los individuos, lo cual es ratificado por la Constitución Política, en sus Artos. 27 y 48 respectivamente.

Juristas como Sánchez Román, Capitant, Escriche, entre otros, han conceptualizado la persona de la siguiente manera:

"Es toda entidad física o moral, real o jurídica y legal, susceptible de derechos y obligaciones".

"Ser al cual se le reconoce la capacidad para ser sujeto de derechos."

"En derecho no es lo mismo persona que hombre, pues hombre es todo ser humano analizado sin consideración alguna a los derechos que la ley le garantiza o le niega, en cambio, persona

⁸ Derecho Romano Guillermo F. y Margadant S. Editorial Esfinge, S.A. México 7, D.F. 1978

es el hombre considerado según el estado de que goza y que le origina determinados derechos y deberes.”

Este concepto de persona era fácilmente apreciable en el Derecho Romano por cuanto existía la esclavitud, en donde el esclavo se encontraba despojado totalmente de toda especie de derecho, por tanto, no era persona, sino solamente hombre.

Para Francisco Merino, jurista chileno, el hombre por la sola circunstancia de ser tal y atendida su propia naturaleza, es titular de los derechos necesarios para asegurarle el señorío de su propia persona y la posibilidad de su plena realización individual y social. Es decir, que tales derechos nacen con él son inherentes a su condición.

En síntesis y de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional vigente, es persona entonces, el sujeto de la relación jurídica, el que tiene aptitud para el derecho y ante él, ya sea por sí o a través de su representante legal, esto último en el caso de los menores, con incapacidad y /o las personas por nacer. La idea de persona ha variado para las leyes e instituciones, sin embargo, el derecho de todos los tiempos, ha reconocido la personalidad de grupos o entes distintos del hombre y de la mujer, a quienes se les conoce como personas jurídicas.

b. ¿Cuál es la clasificación de personas?

Muchos doctrinarios han clasificado de diversa forma a las personas, así encontramos:

1). Personas Naturales

Esta clasificación la encontramos en el inciso 2 del Arto. 1 del Código Civil corresponde a la concepción tradicional y es objeto de diferentes críticas, pues da la apariencia de que las personas naturales no estamos revestidas o investidas de juridicidad o carácter jurídico. Sin embargo, al no considerar a la persona como sujeto jurídico, los críticos se han olvidado que es el elemento generador de derechos y obligaciones, por tanto, de las relaciones jurídicas, ya que no se concibe ningún acto jurídico sin la participación del ser humano.

La clasificación señalada reviste mayor importancia cuando se habla de los derechos naturales de la persona, así encontramos: Derechos Humanos, si su reconocimiento y protección corresponden a la comunidad internacional; Garantías Constitucionales, si el garante y ante el cual se hacen valer es el Estado; Derechos de la Personalidad, cuando se ubican dentro del campo de sus relaciones subjetivas con otros hombres, en un plano de igualdad.

Las personas jurídicas se encuentran definidas por el Arto. 3 C., orgánicamente están integradas por seres humanos, personas naturales o físicas, como también por personas ficticias. Estas últimas son agrupaciones que por una ficción de la ley forman una entidad totalmente distinta, diferente a ellas, pero en todo caso, el elemento indispensable para la formación de esa entidad es el ser humano. Estas hacen posible la realización de empresas que una sola persona física no podría realizar.

2). Personas jurídicas individuales y personas jurídicas colectivas

Corresponde esta clasificación al jurista cubano, Fernando Diego Cañizares, siendo una de las más aceptadas. Establece que las personas naturales son personas jurídicas individuales y

todo sujeto está revestido de juridicidad y las distingue de personas jurídicas colectivas, o personas jurídicas, como las denomina el derecho nicaragüense, de las entidades públicas y privadas.

Algunos tratadistas de Derecho Civil designan a las personas jurídicas como morales, ideales, ficticias. Esta nueva clasificación es una contraposición a la tradicionalista, que afirma que también son sujetos de derechos y obligaciones con lo que se equipara al concepto de personas naturales.

3). Personas de existencia visible y personas por nacer. Existencia natural y existencia legal.

La clasificación arriba expuesta, se encuentra en los Artos. 6, 11 y 19 C., de tal manera que hay personas de existencia visible o físicas, personas naturales y personas por nacer o nascituras, las concebidas en el seno materno, a quienes también la ley les reconoce existencia.

Sobre estas últimas, existen autores que todavía discuten si son o no, sujetos de derechos y obligaciones, ya que sostienen que son seres que de manera general, sólo pueden recibir beneficios y no pueden obligarse. De ahí que resulte inconsistente llamar personas a las que están por nacer.

Los derechos que poseen los nascituros se conocen como derechos eventuales por estar sujetos a una condición futura e incierta, como es el nacimiento.

Si falleciera en el seno materno esta persona jamás nació, por consiguiente, esos derechos no se pueden traducir al mundo jurídico, nunca existieron, es NON NATO, o No NACIDO. Es decir que no opera ni se materializa el derecho, a pesar de habersele reconocido existencia natural; no llegó a tener existencia legal al haber expirado antes de su expulsión del seno materno.

En cambio, si naciera, adquiere automáticamente una existencia legal, es decir, física y visible, por tanto los derechos que anteriormente eran eventuales se perfeccionan con el nacimiento.

Ejemplo: *María Ignacia Alvarado está embarazada de su primer hijo, el abuelo paterno, Don Policarpo Hinojosa decide donar a su nieto (persona por nacer), una finca de 200 manzanas ubicada en la jurisdicción de Estelí. Para que se transmita un derecho, según lo establecido por el Arto. 982 C., se debe existir naturalmente.*

De tal manera, que al estar concebido en el seno materno, su representación la ejercen el padre y la madre del mismo, en tanto no nazca. Esta finca que le ha sido donada por su abuelo, será de su propiedad al momento de nacer (siempre y cuando sobreviva al menos un instante). Es por esa razón que se afirma que los derechos del nascituro para su ratificación, están subordinados al hecho o evento del nacimiento.

Las personas por nacer o nascituros tienen una personalidad "sub-conditione", es decir, sujeto a la condición de nacer. En el mismo sentido, cuando nos referimos a la personalidad, ésta se sujeta al hecho de nacer y vivir, de lo contrario, no se adquiere la personalidad y por ende, tampoco derecho alguno que le hubiere sido conferido mientras estaba en el seno materno.

El Arto. 12 C., contempla que al que está por nacer puede nombrársele un representante y se le conoce como guardador de los derechos eventuales de la Persona por Nacer o Nascituro, función que concluye con el nacimiento.

Lo anterior está ratificado por lo dispuesto en el Arto. 10 C., al decir que los incapaces y los que están por nacer, pueden adquirir derechos y contraer obligaciones a través de sus legítimos representantes.

Según los Artos. 7 y 8 C., las personas son incapaces absolutas e incapaces relativas, lo cual guarda relación con lo previsto en los Artos. 109, 110, 111 y 112 C., de los impedimentos para contraer matrimonio.

Hace falta aclarar que no por ser incapaz absoluto, dejamos de ser persona, pues aun éstos poseen aptitud para el derecho, por el sólo hecho de existir, con la limitante de no poder gobernar esos derechos, lo que hacen efectivo a través de quienes le representen, su padre o madre, ambos o un tutor especialmente designado para ello.

Recuerde:

Desde que se es persona se tiene personalidad y el carácter se adquiere al nacer. Sin embargo, el derecho concede protección jurídica a seres humanos que aún no han nacido (Arto. 19 C.) al establecer que la existencia natural de las personas comienza desde la concepción en el seno materno.

No todos coinciden en esta afirmación, pues hay quienes alegan que no pueden contraer obligaciones a menos que éstas sean accesorias de los derechos adquiridos. Otros argumentan que a menos que exista disposición expresa, la persona por nacer está habilitada para asumir las consecuencias de los actos de su representante legal, como cualquier persona en situación de incapacidad absoluta. El Arto. 10 C., prevee la posibilidad de ser sujeto de obligaciones a través de sus representantes, tal como ya fue señalado.

En virtud de lo dispuesto por el ya citado Arto. 19 C., es necesario abordar el concepto de concepción, el período de la misma y su importancia.

Concepción: Hecho biológico de la formación de un nuevo ser en el seno de las mujeres. Los derechos adquiridos por el concebido quedarán sin efecto si en función de la fecha de nacimiento se llegara a establecer que la transmisión de derechos se produjo antes de la época de su concepción.

Ejemplifiquemos:

Doña Erenia Martínez ha otorgado testamento instituyendo heredero de sus bienes a su nieto que está por nacer, una vez que su hija, declaró estar embarazada. Resulta que al fallecer la señora Martínez y no haber nacido aún su nieto, la herencia queda pendiente de ser entregada a su legítimo heredero. Sin embargo, transcurren los 300 días máximos de duración del embarazo y el bebé no nació

De acuerdo con lo establecido por el Arto. 982 C. "Para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión, salvo que se suceda por derecho de transmisión, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado. Se entiende por derecho de transmisión, el que tienen los

herederos de una persona para aceptar o repudiar la herencia o legado que ella no había aceptado ni repudiado, aun cuando fallezca sin saber que se la ha deferido. No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite....”

En este caso del ejemplo, el derecho no se transmite porque cuando se informó de la existencia de la persona por nacer, ésta no había sido concebida aún.

Por su parte, el Arto. 22 C., establece que la época de la concepción de los que nacieron vivos queda fijada en todo el espacio del tiempo comprendido entre el máximo y el mínimo de duración del embarazo. Ningún embarazo dura normalmente más de 10 meses o 300 días, que es el periodo máximo, ni menos de 6 meses o 180 días, que es el mínimo, quedando libre un periodo de 120 días, durante el cual se supone ha tenido lugar la concepción.

De tal manera que si una persona afirma estar embarazada y luego se comprueba que no lo estaba al momento de informarlo, el derecho otorgado a la persona por nacer, no llega a transmitirse de manera efectiva, por la inexistencia y con ello, el incumplimiento de lo dispuesto en el ya citado Arto. 982 C., parte primera.

4). Existencia natural y existencia legal.

El Código Civil establece en una de sus clasificaciones de las personas, como las de existencia natural y personas de existencia legal; según los Artos.5 y 19 C.

Personas por nacer.

Las personas existen naturalmente por el simple hecho de estar concebidos en el seno materno, tal como lo señala el Arto. 19 C., pudiendo antes del nacimiento ser protegidos en sus derechos eventuales, derechos que se perfeccionan si el sujeto naciera, lo cual nos plantea algunas interrogantes, entre ellas:

- a). ¿Qué derechos tienen las personas por nacer? Según nuestra legislación, éstas tienen derecho a aquellos que se les denomina derechos eventuales y que están sujetos a la condición de nacer o no.
- b). ¿Cuál es el interés jurídico para proteger a las personas por nacer? Este interés es de carácter sucesorio, según lo dispone el Arto. 982 C. “Para poder suceder debe existir naturalmente.....”, es decir, estar concebido en el seno materno.
- c). ¿Qué disposiciones legales sustentan ese interés jurídico? Los Artos. 13, 19 y 982 C., y que íntegra y literalmente dice, el primero:

Arto.13 C: “La ley protege la vida del que está por nacer. La autoridad, en consecuencia, tomará a petición de cualquiera persona, o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del que está por nacer siempre que crea que de algún modo peligra.”

Si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir en el momento de cumplirse la condición.

Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión.

Valdrán con la misma limitación las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante, aunque el que lo presta no haya existido al momento de la muerte del testador.”

Según el artículo 15 C, las personas interesadas en proteger al que está por nacer pueden ser:

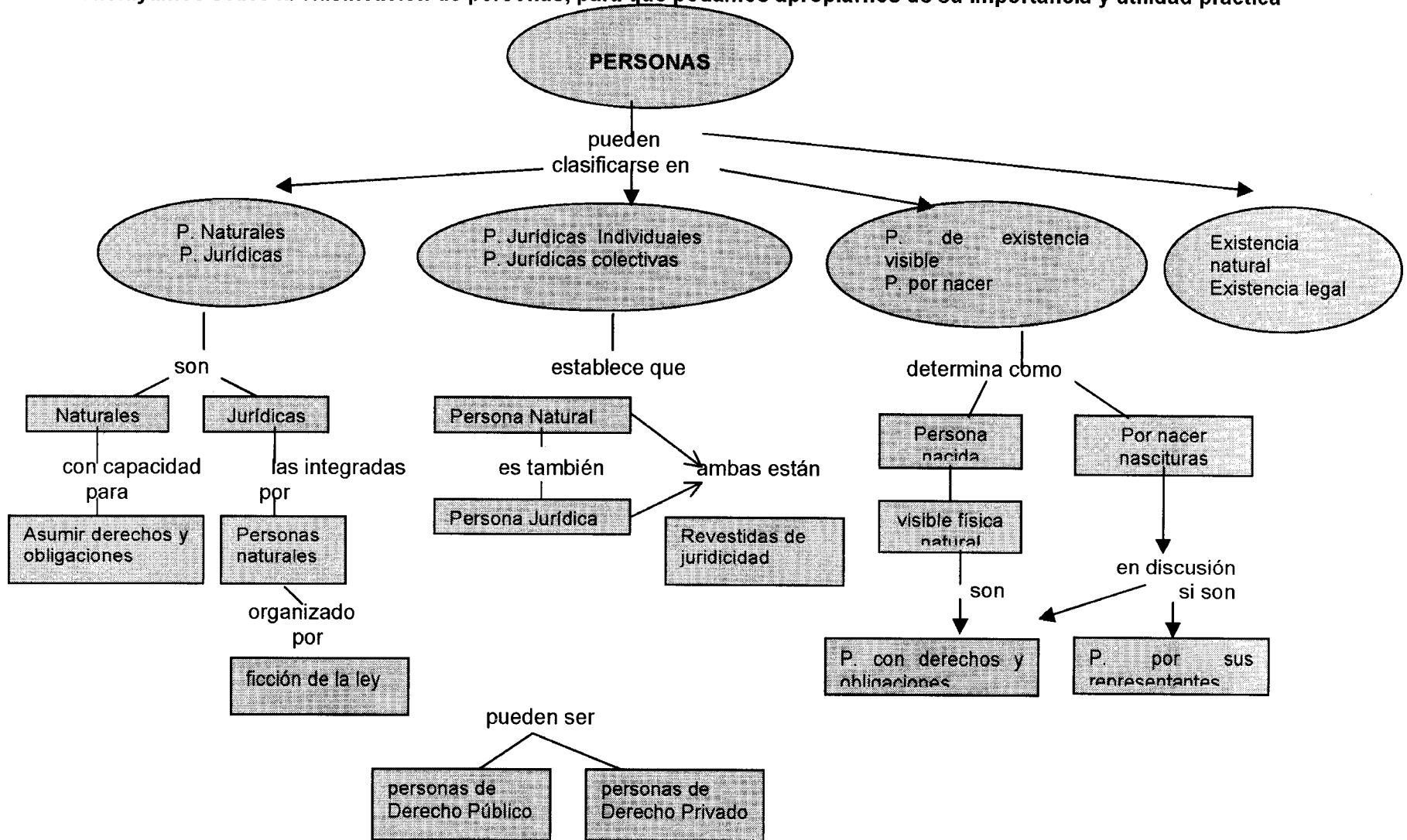
- Los parientes en general hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad.
- Acreedores de la herencia.
- El Ministerio Público hoy conocido como Procuraduría General de Justicia.

En cuanto a la existencia legal, el Arto. 5 C. señala que la misma empieza al nacer, de ahí que el Arto. 20 C. sea categórico al establecer que si no ha nacido con vida se reputa como que no ha existido.

Por su parte el Arto. 21 C. se refiere a la duda sobre si el menor nació o no, quien afirme y manifestare duda al respecto, tendrá la obligación de probar lo dicho.

En los casos de existir dudas sobre si nació o no (respiró o no), podrá ser sometido a un examen de expertos, realizándose una prueba médica denominada dosimacia hidrostática pulmonar, que consiste en extraer un trozo de pulmón del niño o niña e introducirlo en un recipiente de agua observando que si sube a la superficie y lanza burbujas, tuvo algún instante de vida, en caso contrario, es que nunca existió. Este tipo de prueba debe realizarse al momento de separar al niño del cordón umbilical.

Concluyamos sobre la clasificación de personas, para que podamos apropiarnos de su importancia y utilidad práctica



Ejercicio: Investigue la existencia natural y legal de las personas, según las legislaciones de Costa Rica, Argentina y Chile y compárela con nuestra legislación.

2. Personas Naturales

a. Derechos eventuales y protección a las personas por nacer

¿ Qué refieren los derechos eventuales y protección jurídica de las personas por nacer?

Las personas por nacer también poseen derechos, a éstos nuestra legislación les denomina derechos eventuales, que surtirán efectos siempre y cuando se presente la condición de nacer o no nacer.

Existe un interés jurídico para proteger a las personas por nacer, el cual es de carácter sucesorio, según lo dispone el Arto.982 C. ya mencionado en la página 37. Los Artos. 13, 19 y 982 C., sustentan ese interés y recordemos que son interesadas en esa protección, todas las personas a que alude el Arto.15 C, ya mencionado con anterioridad.

Hemos dejado expresado que las personas por nacer, consideradas incapaces absolutas, pueden ser representadas en sus derechos eventuales por un guardador especialmente nombrado para ello y cesa su función el día del parto si naciera con vida, o antes del parto si hubiera alcanzado el mayor plazo de duración del embarazo que son trescientos (300) días.

Los plazos referidos fueron adoptados por el derecho positivo nicaragüense del Derecho Romano y de la Ley de las XII Tablas, dejando claro que mientras no se produzca el nacimiento, no es posible determinar el período de la concepción.

El interés jurídico de los plazos señalados obedece a la necesidad de determinar si el nacimiento se produjo después de los 180 días sub-siguientes al matrimonio o unión, o bien dentro de los 300 días sub-siguientes a la disolución del vínculo matrimonial existente, todo esto para fines de filiación y sucesión, debiendo la mujer esperar un lapso de al menos doce (12) meses para contraer nuevo matrimonio.

Reflexione: Por qué la mujer debe esperar 10 meses para contraer nuevo matrimonio? Anote su reflexión y coméntela con su grupo.

Los Artos. 14, 16, 17 y 24 C., están referidos al embarazo, como a la imposibilidad de poder suscitar litigio mientras no haya nacido, pues basta la declaración de la mujer que se reputa embarazada para darlo por cierto.

A tono con la protección de las personas por nacer, la ley penal vigente castiga el aborto en los Artos. 162/65 del Código Penal (Pn), delitos contra las personas, dando lugar a las penas siguientes:

- De 1 a 4 años para la mujer, si es para ocultar la deshonra, de 1-2 años (a quien se lo practique); si muere la mujer, la pena se eleva de 3-6 años. Si el aborto es producto de golpes o violencia de un tercero y éste lo provoca conociendo el estado de la mujer, la pena es de 6 meses a 2 años.

También al igual que otros códigos de la materia, el Derecho Penal nicaragüense contempla el aborto terapéutico, tipo penal que se encuentra señalado en el Arto. 165 Pn y para su práctica requiere la intervención y el consentimiento del cónyuge o pariente más cercano de la mujer. Según la ley, el aborto no cabe ni por violación.

Se discute en la actualidad un proyecto de nuevo Código Penal que fue aprobado en lo general, establece en cuanto al aborto se refiere, se recoja la opinión de tres (3) especialistas del Ministerio de Salud para su realización. Esta situación se encuentra regulada desde el siglo pasado.

Por otra parte, la Constitución Política de la República y el Código del Trabajo protegen la reproducción humana y los derechos de la mujer trabajadora, en sus Artos. 74 Cn. y 138/144 C.T.

El Arto. 74 de la Constitución Política dice: "El Estado otorga protección especial al proceso de reproducción humana. La mujer tendrá protección especial durante el embarazo y gozará de licencia con remuneración salarial y prestaciones adecuadas de seguridad social. Nadie podrá negar empleo a las mujeres aduciendo razones de embarazo ni despedirlas durante éste o en el período postnatal; todo de conformidad con la ley."

Así mismo, los artículos del Código del Trabajo, referentes al embarazo, expresan:

Arto. 138: "La mujer trabajadora gozará de todos los derechos garantizados en este Código y demás leyes sobre la materia en igualdad de condiciones y oportunidades y no podrá ser objeto de discriminación por su condición de mujer. Su salario estará de acuerdo a sus capacidades y al cargo que desempeñe."

"Arto. 139: "En el caso del trabajo de mujeres con obligaciones familiares las leyes, convenciones colectivas y reglamentos internos podrán prever atendiendo a las particularidades de la actividad laboral, la adopción de sistemas de jornada de trabajo reducida o de tiempo limitado."

"Arto. 140: "Se prohíbe a los empleadores permitir la continuación del trabajo de la mujer en estado de gravidez en obras o faenas perjudiciales al mismo. En este caso, el empleador deberá facilitarle un trabajo que no altere la normalidad de este proceso biológico, sin menoscabo del salario ordinario que tenía antes del embarazo. Una vez concluido éste, el empleador estará obligado a trasladar a la trabajadora a su puesto anterior con el salario vigente."

"Arto.141: "Las trabajadoras en estado de gravidez tendrán derecho al reposo durante las cuatro semanas anteriores al parto y las ocho posteriores, o a diez en caso de partos múltiples, con goce del último o mejor salario, sin perjuicio de la asistencia médica que deben suministrarle las instituciones sociales encargadas de proteger la maternidad. El período de reposo será computado como de efectivo trabajo para fines de los derechos por antigüedad, vacaciones y décimo tercer mes.

Cuando el parto sobreviniere antes de la fecha presunta señalada por el médico, el tiempo no utilizado del descanso prenatal se sumará al período de descanso posnatal.

Si se produjere interrupción accidental del embarazo, parto no viable o cualquier otro caso anormal de parto, la trabajadora tiene derecho al descanso retribuido de acuerdo con las exigencias del certificado médico.

El reposo es obligatorio tomarlo y obligación del empleador concederlo.”

Arto. 142: “Para determinar la fecha de iniciación del descanso prenatal retribuido, la trabajadora tendrá la obligación de presentar al empleador un certificado médico en el que conste la fecha probable del parto. El Ministerio de Salud deberá expedir gratuitamente el certificado que estipula este artículo.”

Arto. 143: “El empleador suministrará lugares adecuados y sillas o asientos a disposición de las trabajadoras lactantes. En los centros de trabajo donde laboren más de treinta mujeres, el empleador deberá acondicionar o construir un local apropiado para que las trabajadoras puedan amamantar a sus hijos.

La trabajadora, cuando esté lactando, dispondrá en los lugares de trabajo de quince minutos cada tres horas durante la jornada de trabajo, para alimentar a su hijo. Este tiempo debe computarse como de trabajo efectivo.”

Arto.144: “La trabajadora en estado de gravidez o gozando de permiso pre y postnatal, no podrá ser despedida, salvo por causa justificada previamente establecida por el Ministerio del Trabajo.”

b. Teorías del nacimiento

¿Cuáles son las teorías del nacimiento?

Para que el nacimiento constituya un principio de existencia legal como lo establece el Arto. 5 C., se requiere de ciertos requisitos o condiciones, para cuya determinación existen dos teorías, a saber:

1). Teoría de la Viabilidad

El derecho francés sigue este criterio, el cual otorga personalidad a la criatura humana desde su nacimiento, siempre que nazca viable (constituida de tal manera que pueda vivir, contando con los órganos esenciales para su existencia). Según Henry Mazeud, es preferible presumir que la criatura que ha vivido era viable, salvo prueba en contrario.

En cambio el derecho español, en su Arto. 30 C., exige que el recién nacido viva 24 horas, totalmente desprendido del claustro materno para que pueda gozar de personalidad. Esta tesis es acogida por el Código uruguayo y la sustentan en el hecho de que no es posible considerar personas a los que mueren a los pocos instantes de haber nacido.

Este planteamiento ha sido objeto de crítica por las razones siguientes:

- a). Que en la actualidad existen medios científicos para prolongar la vida al recién nacido, incluso más allá de las 24 horas.
- b). Que esta teoría va en contra de los principios de respeto a la vida humana.

La teoría señalada, tiene relación con la clasificación 3 y 4 mencionadas anteriormente, es decir que, en cuanto a la existencia legal, se deben cumplir algunos requisitos, el primero es haber separado al nacido del cordón umbilical y el segundo, que el recién nacido sobreviva a la separación del cordón umbilical, por el período indicado. La misma exige dos requisitos: que sea viable, con aptitud ante la vida y que su período mínimo de vida, sea de 24 horas.

2). Teoría de la Vitalidad

Apoyada por la legislación argentina y nicaragüense consideran legalmente persona al recién nacido y sólo exigen que haya vivido un instante. Esta teoría mantiene la posición que en todo caso lo que debe interesar es que el ser humano nazca con vida, independientemente que por cualquier circunstancia muera con posterioridad al nacimiento, esto independiente de la vida intrauterina. Recuerde la clasificación de la existencia natural y existencia legal de las personas.

Otras legislaciones acogen esta teoría, tales como Perú, Venezuela, Brasil, Honduras, Panamá, etc. El Arto. 6 C. de Costa Rica originalmente se ajustaba a la teoría de la viabilidad y por Ley No. 5476 del 21 de diciembre de 1976, quedó sin efecto ni valor legal alguno el Arto. 13 del anterior Código Civil, sumándose a la tesis nicaragüense.

Esta teoría se considera más humana porque no establece ni requiere plazo alguno para determinar si es persona o no, sino (Artos. 21 C y 982 C.), basta que nazca con vida. Sin embargo hacen falta tres circunstancias o aspectos: a) que el niño o la niña sea separado (a) de la madre; b) que la separación sea completa (que haya salido del vientre); c) que la criatura haya sobrevivido a la separación aunque sea un momento.

El fundamento de esta teoría permite que el ser humano sea sujeto de derecho por cualquier tiempo mínimo, contraponiéndose a la teoría de la viabilidad.

Es importante determinar en la práctica si un niño o una niña ha vivido o no, a fin de dejar claro los derechos sucesorios. **Ejemplo:** una persona, en su testamento, ha instituido heredero o heredera a la criatura que está por nacer. Si ésta vive y muere un momento después de separada de su madre, adquiere la herencia y la transmite a sus padres, pero si no nace, es decir, fallece en el seno materno, no adquiere la herencia y por consiguiente, no puede transmitirla.

Ejercicio

- 1) Explique las teorías del nacimiento y cuál de ellas es la que reconoce la legislación nicaragüense.
- 2) Destaque los elementos positivos y negativos de ambas teorías y escriba sus conclusiones ..

3. Personas jurídicas

Para profundizar sobre este tema es necesario que recordemos el concepto general de persona jurídica que nos ofrece el artículo 3 del Código Civil nicaragüense, mencionado en páginas anteriores. La persona jurídica, es la agrupación o colectivo de personas naturales o de personas naturales y jurídicas que surgen por ficción de la ley. Estas personas son sujetos de derecho, poseen intereses y fines homogéneos o comunes, elementos que hacen posible su realización de manera conjunta, en el marco de la ley.

En la actualidad, aún se siguen usando las clasificaciones romanas y algunas otras, relativas a las personas, naturales y jurídicas, aspecto que como ya fue señalado en párrafos precedentes, lo encontramos en el artículo 1 del Código Civil. Para fines prácticos, a las personas jurídicas también se les denomina personas morales y éstas a su vez, se clasifican en personas de derecho público y personas de derecho privado.

A este respecto, Marcel Planiol señala que para esclarecer esta distinción es preciso determinar si la institución funciona por virtud de una delegación del poder público o su funcionamiento es efecto de fuerzas individuales asociadas. Tal es la única razón determinante para ser público; cualquier otro establecimiento sólo puede ser privado, porque es una de las formas en que se manifiesta la energía y la iniciativa de simples ciudadanos que obran en nombre privado.

Otro criterio distinto es el que considera como establecimiento público a las personas civiles creadas para la gestión de un servicio público, y establecimientos privados los fundados por socios particulares para fines individuales.

Hay otras definiciones más elaboradas como la de Alessandri Rodríguez y Somarriba Undurraga quienes señalan que: "Persona jurídica es toda unidad orgánica resultante en una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes y a la que para la consecución de un fin social más o menos durable y permanente es reconocida u otorgada por el Estado una capacidad de derechos patrimoniales y también es criticada por insuficiente." **Ejemplo:** se dice que la persona jurídica tiene también derechos extrapatrimoniales.

¿Quiénes más son considerados como personas jurídicas?

Algunos tratadistas prefieren definirla en forma negativa: "Son personas jurídicas todos los sujetos de derecho que no son personas físicas."

El Código Civil español, en su artículo 35 se ocupa de las personas jurídicas y expresa: "Son personas jurídicas, las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que con arreglo a derechos, hubiesen quedado válidamente constituidas. Las asociaciones de interés particular sean civiles, mercantiles o industriales, a que la ley conceda personalidad propia independiente de la de cada uno de los asociados."

Sin embargo, se puede conceptualizar de una forma más sencilla y establecer que: Es el conjunto de personas físicas que reúnen sus esfuerzos o sus capitales y en ocasiones ambos, para la realización de una finalidad común siempre lícita. Toda personalidad jurídica propia tiene nombre, domicilio, nacionalidad, patrimonio y capacidad de ejercicio, si éstas han sido constituidas conforme la ley.

Sólo pueden constituirse con miras a alcanzar un fin determinado, pues éste sólo es el medio que el derecho pone a disposición de las personas para la satisfacción de intereses, ya sean individuales, o generales. Ese fin debe estar acorde con la ley, la moral y las buenas costumbres.

En el derecho civil nicaragüense, son personas de Derecho Público, la nación, los departamentos, los municipios y las corporaciones de carácter público reconocidas por la ley como integrantes del Poder Estatal. También se define o se entiende por corporación de carácter público, aquellas establecidas en virtud de un interés general o estatal, como por ejemplo los ministerios de estado, la Universidad Nacional Autónoma, etc.

Y personas de Derecho Privado, son todas aquellas sociedades y asociaciones, creadas al amparo de la legislación mercantil, de la Ley General de Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro y de leyes especiales que se propongan fines lícitos, los que pueden ser de carácter pecuniario, profesional, artístico, benéfico, etc.⁹

Ejemplo: Embotelladora Nacional Sociedad Anónima (ENSA); Calzado Luzma; Asociación de Trabajadores del Campo (ATC); Sindicato de Trabajadores de la Universidad Centroamericana (STUCA); Cruz Roja de Nicaragua.

Existen fines y actividades permanentes y de convivencia social que los seres humanos realizan mejor o más fácilmente, unidos o asociados. La idea de asociarse es propia del ser humano, de las personas, si no veamos que para la procreación, cuidado y educación de sus hijos e hijas, requieren de asociación. De ahí que el ordenamiento jurídico reconozca como persona jurídica, a entes distintos de los individuos de la especie humana.

A éstas se les conoce también como personas ficticias, capaces de ejercer derechos y de contraer obligaciones civiles, al igual que ser representadas judicial y extrajudicialmente. Como puede observar, son personas distintas e independientes de las personas naturales, aún cuando se hacen representar por éstas.

Las reglas de constitución de las personas jurídicas están en dependencia del tipo o clase de persona jurídica que se pretende establecer, de tal manera que la legislación se ocupe de:

a. Personas jurídicas de carácter mercantil.

La constitución de estas personas jurídicas, se encuentra regulada por el Derecho Mercantil o Comercial según el caso. En Nicaragua, las normas las dicta el Código de Comercio, el que en sus Artos. 118 y siguientes establece "la ley reconoce cinco formas o especies de sociedades mercantiles:

- Sociedad en nombre colectivo; (133 c.c.)
- Sociedad en comandita simple; (192 c.c.)
- Sociedad anónima; (201 c.c.)
- Sociedad en comandita por acciones (287 c.c.)
- Sociedad cooperativa (300 c.c.), derogado por Ley General de Cooperativas del 6 de julio de 1971.

⁹ Derecho Civil. Introducción y Personas. Edgard Baqueiro Rojas, Rosalía Buenrostro Báez. Febrero 2000.

La sociedad anónima, es una persona jurídica formada por la reunión de un fondo común, suministrado por accionistas responsables sólo hasta por el monto de sus respectivas acciones, administradas por mandatarios revocables y conocida por la designación del objeto de la empresa.¹⁰

Este tipo de persona jurídica, la sociedad anónima, funciona y es conocida generalmente bajo un nombre de fantasía y no ligada a los socios. Ejemplo: LA MECATERA, S.A..

En la sociedad en nombre colectivo o compañía colectiva la razón social es la fórmula enunciativa de los nombres de todos los socios, o de algunos de ellos, con agregación de estas palabras: "y compañía".¹¹

Ejemplo: Constructora Carrión, Cruz y Asociados; F. Alf. Pellas & Co.
--

Si bien es cierto también existe la sociedad en comandita simple y la sociedad en comandita por acciones, las personas jurídicas más comunes, son las dos primeras.

¿Cuáles son las teorías acerca de la naturaleza jurídica de las personas jurídicas?

Entre las teorías sobre la naturaleza jurídica de las personas jurídicas, tenemos:

1). De la Ficción

El expositor más notable de esta teoría fue SAVIGNY quien decía, que todo derecho es la sanción de la libertad moral inherente al ser racional y por esto, la idea de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre, pudiéndose formular la identidad primitiva de ambas ideas en estos términos: Todo individuo y sólo el individuo tiene capacidad de derecho. Pero el Derecho Positivo puede crear artificialmente una personalidad jurídica, esos seres creados artificialmente son ficticios, pues no existen naturalmente de la misma manera que la persona física, sino sólo para fines jurídicos.

Al respecto, otro jurista clásico, Rodolfo VON IHERING dice: "Los verdaderos sujetos del derecho no son las personas jurídicas como tales, sino sus miembros aislados, aquéllas no son sino la forma especial mediante la cual manifiestan éstos sus relaciones jurídicas en el mundo exterior. Los miembros aislados son los verdaderos destinatarios de los derechos de la persona jurídica."

Por consideraciones prácticas, se pretende que los intereses comunes sean personas, no los miembros aislados sino su conjunto, representados por una unidad: la persona artificial.

En síntesis, la personalidad moral no es sino un recurso de la técnica jurídica para la solución de problemas prácticos.

Hemos dicho que las personas jurídicas la integran personas naturales o físicas y que es el Derecho, mediante una ficción, que les da vida a éstas, así **por ejemplo:** cinco persona naturales deciden de común acuerdo constituirse en una persona jurídica de carácter civil o

¹⁰ Arto. 201 del Código de Comercio de Nicaragua.

¹¹ Arto. 134 del Código de Comercio de Nicaragua

bien en una sociedad de carácter mercantil, en el marco del ordenamiento jurídico existente. Cumplidos los requisitos de ley, esta persona jurídica tendrá su propia personalidad jurídica. En el primer caso, la autorizará la Asamblea Nacional y en el segundo, una vez otorgado el instrumento público (escritura pública) de la constitución de la misma, nace la personalidad independiente de la personalidad de los individuos que la conforman.

2). Realista

Para esta teoría la sociedad existe, independientemente de sus miembros, tiene una voluntad colectiva distinta de la de cada uno de sus componentes, existen intereses colectivos distintos, incluso contrarios muchas veces, a los de los miembros particularmente considerados, en fin hay un ser real, distinto de los individuos y el Derecho no tiene sino que encontrarlo y reconocerle personalidad jurídica.

Al respecto Otto Gierke dice que la capacidad de querer y de obrar de las corporaciones es una realidad a la que el Derecho les atribuye personalidad, porque ve en ellos una voluntad colectiva que es una y continua.

Zitelman señala que el conjunto de individuos se convierte en un ser distinto de los individuos desde que se unen orgánicamente.

En estas teorías, existe una semejanza con la teoría de la ficción, se identifica la personalidad con su soporte material. Para la teoría de la ficción el ser humano es el único soporte real y para las teorías realistas además del ser humano lo es el ente colectivo.

Como consecuencia práctica, las teorías de la ficción y las realistas se semejan en la existencia de la voluntad y se distinguen en que, mientras para la primera, la personalidad de los entes colectivos es un "don de la ley" para las teorías realistas es un reconocimiento que existe obligación de dar, pues la ley no crea las personas colectivas, se concreta a reconocerles capacidad jurídica cuando estos seres se presentan con una voluntad real en el campo de las relaciones jurídicas.

Otros exponentes de las teorías de las personas jurídicas, son los tratadistas:

-Francisco Ferrara: empieza por distinguir el concepto jurídico de persona, del soporte o contenido material al que se aplica, de donde se deducen una serie de consecuencias como:

- a). La personalidad jurídica es un don de la ley, puede darse o negarse al hombre o a los seres colectivos, es sólo una creación de la técnica jurídica sin la cual es imposible la construcción de un ordenamiento jurídico.
- b). En la persona deben contemplarse dos factores o elementos: el sustrato y la personalidad, pues ésta no puede caer en el vacío;
- c). Todo hombre debe ser persona, el imperativo ético de nuestra cultura así lo exige, y
- d). Las personas colectivas denominadas asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin. Para ser reconocidas por el ordenamiento jurídico como sujetos del Derecho requieren reunir determinados requisitos, a saber: una asociación de

hombres para cuyo logro se reúnen los individuos, que necesariamente debe ser lícita, determinada y posible; una organización de la que se deriva la existencia de determinadas reglas, la forma de los órganos por los que se expresará la voluntad colectiva, y por último, el reconocimiento que haga el Estado, con carácter constitutivo, de la personalidad jurídica.

Ejemplo: La Asociación Civil “ Comisión Interuniversitaria de Estudios de Género de Nicaragua CIEGNICA ”, constituida conforme lo establecido por la Ley No. 147, Ley de Personas Jurídicas Sin fines de Lucro, del mes de mayo de 1992, habiéndosele autorizado su personería jurídica por la Asamblea Nacional, una vez que el acta constitutiva y sus estatutos fueron redactados de conformidad con la disposición mencionada, documentos que describen su organización, responsabilidades y derechos de sus miembros, al igual que con respecto al órgano rector de las mismas. Posteriormente el decreto de la Asamblea Nacional que autorizó la personería jurídica fue publicado en La Gaceta, Diario Oficial, al igual que los Estatutos, éstos últimos por cuenta de la Asociación. Con lo que se da cumplimiento a todo el procedimiento previsto para estos casos y de esta manera, el Estado hace el reconocimiento a la organización.

-Hans Kelsen, creador de la teoría pura del derecho, ha dado un concepto de persona estrictamente jurídico, este se relaciona íntimamente con el concepto de derecho subjetivo, elaborado por el mismo autor y que lo identifica con la norma.

La persona denominada física designa el conjunto de normas que regula la conducta de un solo individuo; la persona es el soporte de los deberes, de las responsabilidades y de los hechos subjetivos que resultan de estas normas, o exactamente el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por esas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial, compuesto de normas aplicables a la conducta de un mismo individuo.

Como podemos apreciar estos doctrinarios. abordan el tema de la personalidad tanto de las personas jurídicas, colectivas o morales, como de las personas naturales, físicas, o individuales y que estudiamos en el apartado relativo a las personas jurídicas. De ahí que se ratifica una vez más, que sólo las personas naturales, somos sujetos de derechos y obligaciones, y aún cuando las personas jurídicas, nacen y existen en virtud de una ficción de la ley, éstas generalmente las integran personas naturales y se hacen representar también por individuos, por personas.

A la persona humana puede darse distintas funciones, atribuciones y opciones, en este último caso, puede darse la de asociación, como un derecho individual reconocido por la Constitución Política de Nicaragua, en su artículo 49.

En síntesis podemos decir que las teorías sobre la personalidad jurídica presentan elementos comunes y divergentes.

Teorías	Aspectos comunes	Aspectos diferentes
De la Ficción	Todo individuo tiene capacidad de derecho. La personalidad jurídica sólo existe para fines jurídicos.	La persona jurídica es un artificio, una ficción del derecho positivo.
Realista	El ser humano es un ente real, único.	
Ferrara	La personalidad jurídica es un "don de ley"	
Kelsen	Identifica a la persona con la norma Jurídica	

b. Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro

Para el derecho nacional, su regulación está contenida en la Ley No. 147 -LEY DE PERSONAS JURIDICAS SIN FINES DE LUCRO- publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 102 del veintinueve de mayo del año 1992, cuya síntesis de contenido se incluye a continuación:

Capítulo I.- Disposiciones Generales	
Arto. 1.-	Objeto: regular la constitución, autorización, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas sin fines de lucro.
Arto. 2.-	Asociaciones, fundaciones, federaciones y confederaciones, gozan de personalidad jurídica, una vez cumplan los requisitos de ley.
Arto. 3 y 4.-	Formalidades: acto constitutivo en escritura pública con el concurso mínimo de cinco (5) personas. En el caso de fundaciones podrá ser uno o más, según el fin. Pueden ser personas naturales o jurídicas con capacidad de goce y ejercicio. Su existencia no está ligada a la existencia de socio.
Arto. 5.-	Podrán constituir una Federación, dos (2) o más Asociaciones con personalidad jurídica, quienes a su vez podrán constituir en las mismas condiciones Confederaciones. Es indispensable que los objetivos de una y otras sean similares.
Capítulo II.- Constitución y Autorización	
Arto. 6 y 7.-	Corresponde a la Asamblea Nacional otorgar y cancelar la personalidad jurídica. Es obligación publicar en La Gaceta, la constitución y estatutos de las Asociaciones, así como inscribirlas en el registro del Ministerio de Gobernación (MINGOB). Los interesados solicitarán por escrito y harán exposición de motivos firmada y presentada por un representante de la misma a lo que se acompañará testimonio de la constitución y dos copias
Arto. 8,9 y 10.-	Requisitos de la escritura de constitución, fundamentación de la persona jurídica a constituir e incumplidos los requisitos la Sría. de la Asamblea Nacional devolverá la documentación para su debida corrección v posterior envío

Capítulo III.- Derechos y Obligaciones

- Arto.11y 12.- Atributos (nombre, patrimonio, personalidad)
Arto. 13.- Obligaciones (presentación de estatutos y otros)

Capítulo IV.- Organismos que aplican la Ley

- Artos.14-17.- Departamento de Registro y Control de Asociaciones del MINGOB
Arto. 18.- Excepción: Instituciones de la Educación Superior.

Capítulo V.- Personas Jurídicas Extranjeras

- Artos. 19-20.- Obligaciones y requisitos a cumplir por éstas para operar en Nicaragua.

Capítulo VI.- Funcionamiento y Organización

- Arto. 21.- Facultad de las organizaciones para elegir sus propias autoridades en conformidad con su constitución.

Capítulo VII.- Sanciones y Cancelaciones

- Arto.22-25.- Establece la competencia del MINGOB para imponer las sanciones por inobservancia de la ley las que van desde multas de C\$ 1,000.00, hasta la cancelación de la Personalidad Jurídica. Esto último se hará mediante el procedimiento legal vigente.

Capítulo VIII.- Disposiciones Finales

- Arto. 26 al 28.- Requisitos para el registro de las organizaciones (fecha y número de La Gaceta en que conste el otorgamiento de la Personalidad Jurídica) y derogación del Decreto No. 639 del año 1981, que regulaba la constitución de asociaciones civiles.

Capítulo IX.- Disposiciones Transitorias

- Artos.29 y 30.- Aplicación de ley anterior a las asociaciones existentes, que tuvieron pendiente de aprobación su estatuto y entrada en vigencia de ésta.

Como podemos apreciar en el contenido de la Ley 147, el ente rector de estas organizaciones es el Ministerio de Gobernación (MINGOB), quien para el debido registro, ha fijado los requisitos siguientes aplicables a organizaciones nacionales y extranjeras:

- 1). Carta solicitud de inscripción y asignación de número perpetuo con dirección, teléfono, fax, a la que se deberá adjuntar la documentación siguiente:
- 2). Ejemplar de Gaceta donde figure el decreto de la Asamblea Nacional otorgando Personalidad Jurídica (original y dos copias)
- 3). Escritura de constitución de la entidad (segundo testimonio en original y fotocopia del mismo, certificado por un Notario y dos fotocopias legibles)
- 4). Estatutos (un original y dos copias de los presentados ante la Asamblea Nacional y omitir si se encuentran insertos en testimonio)
- 5). Breve reseña histórica de la Asociación. Puede ser fotocopia de la exposición de motivo que presentará ante la Asamblea Nacional.
- 6). Junta Directiva con sus cargos, firmas, dirección y teléfono.
- 7). Cuatro Libros: 2 libros de Actas, 1 libro Diario y 1 libro Mayor

- 8). Pago de arancel C\$ 1,050 (Un mil cincuenta córdobas netos)
- 9). Lista de asociados o miembros de la entidad (fundadores activos, etc) con fecha de afiliación.

En el caso de las Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro extranjeras, además de los requisitos señalados para las Personas Jurídicas Sin Fines de Lucro nacionales, lo siguiente:

- a). Acta constitutiva o artículos de incorporación debidamente autenticados y traducción al español debidamente notariada (original y dos copias).
- b). Estatutos debidamente autenticados y traducción al español debidamente notariada (original y dos copias)
- c). Certificación de inscripción del país de origen de la Asociación, autenticado y su traducción al español, debidamente notariada (original y dos copias)
- d). Poder del representante legal, debidamente autenticado y su traducción al español debidamente notariado (original y dos copias)

En conclusión existen personas jurídicas de carácter mercantil, como personas jurídicas sin fines de lucro, cada una persigue un fin distinto y tiene su propio mecanismo de constitución, funcionamiento y extinción, al igual que ente regulador diferente.

¿Las personas jurídicas pueden tener responsabilidad penal?

Para concluir, y por considerarlo de importancia para el estudio de este tema, nos referirnos un poco a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues se discute acerca de que si éstas son o no sujetos penales, precisamente por ser una ficción legal.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue muy corriente castigarla durante la vigencia del Derecho Penal Antiguo: el Código babilónico, el de Hammurabi (Artos. 23,24, 2a); también los griegos la castigaban. Roma la desconoció y por el contrario, sólo admitió la responsabilidad individual; el Derecho Germánico la castigó con severidad.

Solamente el hombre puede ser sujeto de delito– escribe Cuello Calón, - solamente el hombre puede ser llamado delincuente.

En Nicaragua, las personas jurídicas no delinquen ni pueden delinquir.

Según consulta evacuada por la Corte Suprema de Justicia, de 6 de septiembre de 1955, ésta literalmente dice: “De conformidad con nuestra Legislación, las personas jurídicas, corporaciones, asociaciones o sociedades mercantiles no pueden cometer delito. Para deducir responsabilidad penal contra las personas jurídicas, sería necesario un texto expreso, que no existe en el Derecho positivo nicaragüense. El Arto. 602 In., contiene una Norma de Procedimientos que carece de la correspondiente disposición sustantiva a la que se pudiera aplicar.”¹²

La actual legislación cubana castiga.¹³

¹² La Tribuna. Mauricio Martínez Espinoza Asesor del Ministro de Defensa. 06-05-98.

¹³ De Lo Jurídico. Órgano de la Asociación de Juristas Democráticos de Nicaragua. Tercer Trimestre 1999. No. 19

En el derecho comparado, existen tres formas distintas de exigir responsabilidad a las personas jurídicas, que son las siguientes:

La primera, “propia directa”, que parte del reconocimiento de la capacidad que tienen las personas jurídicas, que permiten perseguirlas y sancionarlas de manera inmediata, con lo que se acoge el viejo sistema planteado por Mestre y que dio lugar a su distanciamiento de Gierke, que consideraba que sólo bastaba con la sanción a la corporación, sin embargo, Mestre concibió un sistema dual de sanción - persona natural, sanción persona jurídica- Ejemplos de este modelo son el Derecho Anglosajón desde hace más de cien años y más recientemente, las legislaciones de Holanda, Cuba y Francia.

El Código Penal de Francia que tomaremos como referencia para ilustración, establece en su artículo 12.2 que: “las personas morales, con la exclusión del Estado, son responsables penalmente en los casos previstos por la ley, de las infracciones cometidas por su cuenta, por sus órganos o representantes. Los colectivos territoriales y sus agrupaciones no son responsables penalmente más que de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de delegación de un servicio público. La responsabilidad penal de las personas morales no excluye la de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos.”

Una segunda, “propia indirecta”, que acoge la exigencia de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en determinados casos, en que el delito de una persona física sea imputado también con sanciones accesorias a la persona jurídica.

Una tercera forma “impropia”, que permite que las consecuencias económicas del delito cometido por una persona física que bien pueden ser multa o indemnización a perjudicados, se pongan a cargo de una persona jurídica en nombre e interés de quien se haya actuado, de modo que la persona jurídica quedaría obligada solidariamente al pago de los mismos, aunque puede repetir la sanción contra la persona física penalmente responsable. Un ejemplo de este modelo es la legislación de Bélgica.

**Toda persona tiene derecho al
reconocimiento de su
personalidad y capacidad
jurídica. Arto.25 Cn.**

4. La Personalidad

a. Concepto

Alguna vez o por alguna razón, hemos escuchado la expresión siguiente: “¿qué personalidad tiene esa mujer, o ese hombre, mirá, no te parece impresionante la personalidad, de esa joven?”. ¿Qué nos cautiva cuando vemos una película?, es la personalidad, los gestos, el maquillaje o la apariencia de los actores y las actrices?

Realmente a qué cree usted, nos referimos con esto?. Seguramente hablamos de la apariencia física de las personas y en ningún momento, de la capacidad o reconocimiento que la ley u ordenamiento jurídico, hace de nosotros, las personas. Con esta presentación a continuación nos ocuparemos del tema de la personalidad en el campo jurídico.

¿ A qué llamamos personalidad?

Como estudiamos anteriormente, la personalidad se inicia con el nacimiento de las personas naturales, no obstante, es a partir de la concepción que ese nuevo ser puede adquirir derechos con tal de que sea viable. También recordaremos que viable significa capaz de vivir, tal como se consignó en las teorías del nacimiento.

La personalidad es el reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico al ser humano en su esfera individual y social como sujeto de derecho, reconocimiento que se produce al momento de nacer con vida, coincidente con la adquisición de la categoría legal de persona. Es un presupuesto de los derechos de la persona.

El concepto de personalidad, como podrá apreciar, ha evolucionado, primitivamente el vocablo persona se aplicaba a la máscara que usaban los actores de teatro en Grecia y Roma. Después se aplicó al papel mismo del actor, porque la cara de la máscara se adaptaba a la edad y al carácter del personaje.

En jurisprudencia se emplea como significado del rol o papel que todo individuo representa en la sociedad.

Persona es, en consecuencia, todo ente o ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separado de la cavidad uterina de la madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás."¹⁴

Opiniones de algunos juristas españoles señalan que una vez que se produce el nacimiento de una persona, es necesaria su inscripción en el Registro del Estado Civil de las Personas, pues tal inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y en su caso, de la filiación del inscrito, esta última nos permite saber, de quién descende o lo que es igual a conocer quien es el padre y la madre del mismo.

El autor mexicano Arturo Puente, define la personalidad como "el atributo de ser titular de derechos y obligaciones que sólo tienen los individuos de la especie humana que se designan como personas." Es decir, que si la personalidad se adquiere al momento del nacimiento del sujeto es a partir de ese momento que obtiene todos los derechos constitutivos de la personalidad. Para ello, es necesario recordar lo establecido por el Arto. 5 C., que reconoce la existencia legal de las personas, al nacer.

¿Cuáles son las teorías sobre la naturaleza jurídica de la personalidad ?

Sobre este tema existen algunas teorías, entre ellas tenemos:

- -Teoría lusnaturalista. Corresponde al Derecho Natural y sostiene que el hombre por su condición de ser humano tiene personalidad, de ahí que la naturaleza jurídica sea un derecho inherente al ser humano que no requiere que le sea reconocida por ningún ordenamiento jurídico.

¹⁴ Lecciones de Derecho Civil. Hernán Larraín Ríos. abril 1994, Chile

- -Teoría Formalista o Jurídica. Se basa en que la personalidad tiene que ser reconocida y otorgada por el ordenamiento jurídico, es decir hasta que el Estado le reconoce esa personalidad, es que se obtiene.
- -Teoría de la concepción. Como su nombre lo indica, la personalidad se adquiere desde el momento de estar concebido en el seno materno.
- -Teoría del nacimiento. Es la más aceptada por las distintas legislaciones, entre ellas la nicaragüense, aún cuando se afirma que los nascituros tienen personalidad SUB-CONDITIO, bajo condición de nacer y sostiene que se reconoce la personalidad al momento del nacimiento.
- -Teoría ecléptica. Prácticamente es, una combinación de las dos anteriores, señala efectivamente que la persona es reconocida por el ordenamiento jurídico hasta que se produce el nacimiento, pero una vez producido éste, se retrotrae hasta la época de concepción para los efectos de cualquier derecho sucesorio, lo que significa que si el concebido nace (vivo), se ha de entender que la personalidad la obtuvo no al momento del nacimiento sino desde la concepción en el seno materno.

Existen otras teorías: la monista y pluralista, estableciendo la primera, que la personalidad es una, no descomponible en partes y la segunda, que reconoce la existencia de varios derechos de la personalidad en función de las diversas manifestaciones de ésta.

El código civil nicaragüense distingue entre la existencia natural y la existencia legal de las persona, tal como ya fue apuntado antes.

¿Cuándo se inicia la vida, para determinar cuándo existe una persona?

La vida se inicia por la unión de las células generadoras masculinas y femeninas, lo que constituye la fecundación; la fecundación da origen a la concepción. Un nuevo ser humano existe, ha sido concebido por la madre al ser fecundado un óvulo por el espermatozoide paterno.

b. Derechos

¿Cuáles son los derechos de la Personalidad? La vida, la libertad, la intimidad, el honor, etc.

Para el jurista español Guillermo García Valdecasas, los derechos de la personalidad facultan a su titular para exigir a los demás, el respeto a un bien personal suyo como es la vida, la libertad, el honor, el nombre, la propia imagen, la intimidad etc. Denominamos éstos así, por ser inherentes a la condición de persona.

No confieren un poder sobre un objeto o sobre una persona, de ahí que se diga que son derechos INTRANSITIVOS, es decir, no se pueden transmitir o que carecen de objeto. Sus titulares son las personas aún cuando algunos de estos derechos pueden pertenecer a las personas jurídicas.

Toda persona tiene deberes para con la familia y la comunidad. La norma constitucional consagra los derechos de la personalidad y establece como derecho fundamental de la persona, el derecho a la vida y su individualidad, a su seguridad personal y al reconocimiento

de su personalidad jurídica. Estos derechos son inherentes al ser humano, nacen con él y el Estado los reconoce y protege.

Entre ellos podemos citar el: derecho a la vida, a la libertad, al honor, a la convivencia, a la cohabitación, etc.

Ejemplos: el derecho al honor. Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, tal como lo expresa la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Arto. 11. Los ataques al honor, técnicamente se denominan INJURIAS (sancionadas por el Código Penal). Corresponde al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos contra los atentados y violaciones provenientes de los poderes públicos (del Estado) y corresponde al Derecho Privado y en particular al Derecho Civil, el que prevalezca el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana en las relaciones entre particulares.

El derecho a ser tratado igual, basado en el **principio de igualdad** entre las personas tiende precisamente al rechazo de toda distinción entre seres humanos y por tanto, un derecho a la no discriminación.

El Arto. 31 Cn. establece el derecho de los nicaragüenses a su libre circulación y a la facultad de establecerse en cualquier punto del territorio nacional y va más allá, cuando en su Arto. 45, prevee la posibilidad de que los nacionales puedan hacer uso de los recursos establecidos por la ley cuando los derechos de la personalidad o los derechos fundamentales, son violentados, se pretenden violentar o están amenazados con serlo, es decir pueden recurrir de Amparo en conformidad con lo establecido por la Ley No. 49, la cual según el Arto.184 Cn., éste es de rango constitucional.

Además las normas penales, procesales penales, el derecho público y las normas administrativas son vigilantes de los bienes jurídicos y derechos de la personalidad, lo que significa que en la medida que éstos sean violentados encontraremos una norma administrativa que puede contrarrestar la situación de violencia o abusos. Así encontramos que la vida e integridad personal están protegidas a través de la regulación penal y dentro de los delitos contra las personas, el honor y cualquier atentado, la legislación penal lo tipifica, como delito de injurias y calumnias.

¿Qué características tienen los derechos?

Los derechos de la personalidad, o derechos de las personas son:

- 1). Innatos u originarios, en cuanto la mayor parte de los derechos se adquieren, por y desde el nacimiento sin finalidad, ni requisito alguno complementario, es decir que nacemos y automáticamente adquirimos esos derechos.
- 2). Vitalicios: Duran tanto como la vida de las personas, es decir, se extingue sólo con la muerte. Significa entonces, que los mismos se disfrutan en vida sin restricción alguna.
- 3). Inalienables: No están sujetos a enajenación alguna, es decir no están en el comercio de los hombres, no es posible venderlos, donarlos, o de alguna manera transmitirlos.
- 4). Imprescriptibles: No se extinguen por el transcurrir del tiempo, no tienen vencimiento.

- 5). Extrapatrimoniales: No pueden ser valorados o cuantificados, no están sujetos a valoraciones pecuniarias, no cabe ponerles precio, como si fuesen objetos que están en el comercio. Pueden dar lugar a derechos patrimoniales cuando son lesionados.
- 6). Absolutos: Son válidos para toda la sociedad "Erga Omnes" (frente a todos los hombres), se pueden reclamar, oponer o reivindicar frente a cualquier persona y por tanto deben ser respetados por todos los seres humanos, ya que los mismos derechos son inherentes a las personas.

Cada individuo se identifica a lo largo de la vida, con una serie de realidades (atributos) que le deparan su reconocimiento social, autonomía (Victoria Campos)

Según Enrique Barros¹⁵ estos derechos poseen las características siguientes, algunas de las cuales ya fueron mencionadas en párrafos anteriores:

- Son derechos esenciales, porque dimanar directamente de la calidad de persona humana. Por lo mismo, decimos que no necesitan de requisitos o formalidades externas para poder existir;
- Son derechos absolutos, generales e irrenunciables, puesto que los poseen todas las personas sin distinción;
- Son extrapatrimoniales, pues si bien en determinados aspectos pueden ser objeto de actos jurídicos, no tienen de suyo un contenido económico y no pueden transarse en su integridad, como tampoco pueden ser objeto de gravámenes.¹⁶

c. ¿A qué denominamos Atributos de la Personalidad?

Por atributo entendemos cada una de las cualidades o características propias del ser que lo distinguen de los demás y respecto a las personas todas aquellas situaciones jurídicas que nos permiten identificar, individualizar y situarla dentro de la sociedad y el orden jurídico.

La personalidad dice Josserand, comporta cierto número de atributos que no se reducen exclusivamente a ventajas o prerrogativas, sino que implican también, para aquellos que de dichos atributos están investidos una multitud de deberes, de carga, de obligaciones: todos somos más o menos prisioneros de nuestra propia personalidad y de los corolarios jurídicos que a ella se siguen.

Ejemplo: tenemos un nombre que nos identifica y distingue de las demás personas, una nacionalidad que no es más que el vínculo que nos une a nuestro padre y madre o bien al territorio donde nacimos, un estado civil, ya sea de menor, mayor, soltero o casada; una capacidad determinada que bien podrá ser absoluta o relativa, o bien una incapacidad, un domicilio donde podemos ser localizados y también somos propietarios o poseedores de un patrimonio, pequeño o grande. Este conjunto de características nos hacen distintos de los demás seres de nuestra misma especie.

¹⁵ Familia y Personas. Coordinación Enrique Barros Bourie. Editorial Jurídica de Chile. Noviembre, 1991. Santiago, Chile.

¹⁶ *idem*.

Los atributos se refieren a “las propiedades o características inherentes a toda persona, como sujeto de derechos.” El atributo consiste en un mecanismo práctico identificador de los individuos.

Para otros, los atributos de la personalidad son también, las calidades inseparables de la persona, esto es, aquellas condiciones o propiedades que corresponden a las personas por ser tales, no pudiendo concebirse seres que no posean estos atributos. Son los siguientes:

Nombre	-Capacidad	-Domicilio
Nacionalidad	-Estado civil	-Patrimonio

La ley no reconoce diferencia entre el nicaragüense y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regula este Código.

La capacidad de goce, es la aptitud legal para adquirir derechos y también existe la capacidad de ejercicio, igualmente se habla de capacidad de hecho y capacidad de derecho.

Se debe tomar en cuenta que la convivencia en sociedad conlleva una serie de cargas, junto con los derechos que el ordenamiento le asegura a ese individuo por el mero hecho de serlo.

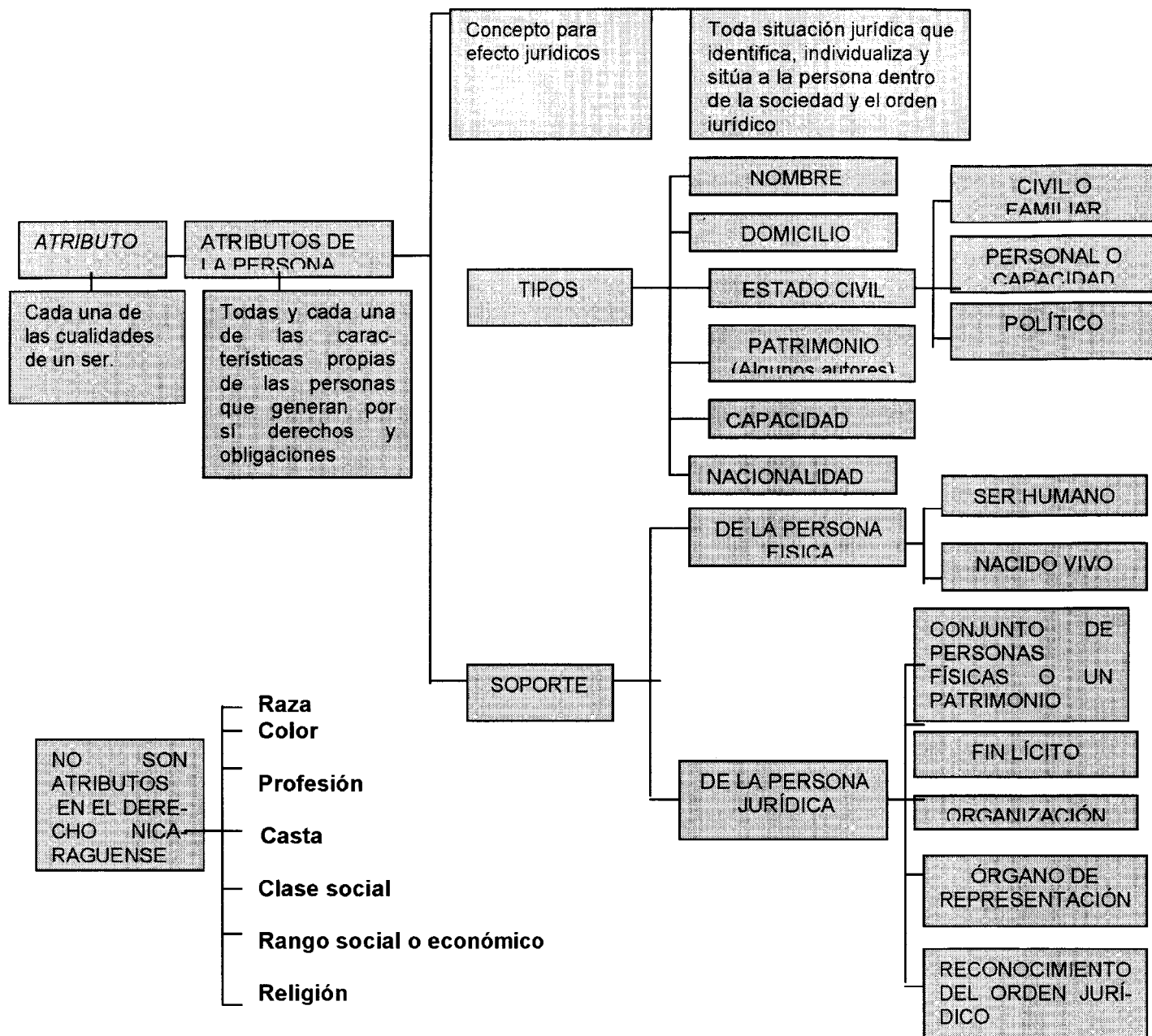
Así como hemos señalado y dejado claro cuales son los atributos de la personalidad, es importante establecer que para el derecho nicaragüense no son atributos por ejemplo: la raza, el color, la profesión, la clase social y la religión, entre otros.

Ejercicio:

Reflexione sobre el tema y responda

- 1.- Enumere los derechos y los atributos de la personalidad
- 2.- Establezca las diferencias que existen entre unos y otros
- 3.- Identifique las características de los primeros.

En el esquema siguiente se pueden observar algunos conceptos relacionados a los atributos de la personalidad, así como los tipos de atributos que reconocen algunas legislaciones.



¿Cuáles son entonces los atributos de la personalidad y sus características?

Estos elementos denominados atributos de la personalidad conforman las generales de ley o calidades del sujeto. Como hemos mencionada, toda persona en derecho presenta ciertas cualidades, propiedades o atributos, de las cuales nos ocuparemos a continuación:

- Capacidad:** Es la aptitud para ser titular de derechos o sujeto de obligaciones. Aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. En doctrina se distinguen:
 - La capacidad de goce: atributo esencial e imprescindible de toda persona. Es la aptitud de todo ente para ser titular de derechos o sujeto de obligaciones.

- 2). La capacidad de ejercicio: Es la aptitud de la persona para hacer valer por sí misma sus derechos y cumplir sus obligaciones.

Recordemos que existiendo la capacidad de goce, debe existir la de ejercicio, excepto para los menores de edad y para los que sufren perturbaciones mentales o carecen de inteligencia (Artos. 7 y 8 C.).

- b. **Nombre:** Vocablo o conjunto de vocablos que sirven para designar a una persona. El nombre patronímico o apellido ligado al nombre de pila determina en cada sujeto su identificación personal. Apellidos Legítimos: paterno y materno. Legitimados: paterno y materno. Naturales reconocidos: paterno, materno o ambos. Adoptivos: del o los adoptantes, en nuestro caso y en razón del principio de igualdad constitucional reconocido para los hijos e hijas, no cabe esta distinción.
- c. **Domicilio:** Lugar donde una persona se establece con el ánimo de residir. Se caracteriza por la existencia de dos elementos: a) Una residencia efectiva o de hecho (elemento objetivo o material) b) Intención de residir en un lugar (elemento subjetivo). Para el derecho nicaragüense, es el lugar de residencia habitual de una persona.¹⁷

Existe una variada clasificación del domicilio, así tenemos: domicilio voluntario, domicilio legal, domicilio especial o de libre elección .

El domicilio es importante para:

- 1). Envío de comunicaciones. Toda nuestra correspondencia, generalmente llega a nuestro domicilio o lugar señalado para tal efecto;
 - 2). Determinar competencia de autoridades. Se refiere a la facultad que le asiste a los titulares de los tribunales de justicia, para conocer de determinadas causas y/o celebración de determinados actos. Ejemplo: funcionarios facultados para autorizar matrimonios y/o decretar la disolución de los mismos;
 - 3). Lugar de ejercicio del derecho. Se refiere al ámbito territorial o circunscripción o espacio en el cual las personas podemos, de manera efectiva, ejercer nuestros derechos y
 - 4). Medio de centralización de intereses pecuniarios, que se traducen en la ubicación de los bienes sean muebles o inmuebles, es decir, intereses patrimoniales, los cuales están sujetos a valoración monetaria.
- d. **La nacionalidad:** es otro atributo de la personalidad. Para el jurista mexicano, Rafael Rojina Villegas ésta merece gran importancia. La Constitución Política de Nicaragua la reconoce así en sus Artos. 15 al 22 Cn. y los desarrolla en una ley especial que comentaremos más adelante.
- e. **El patrimonio,** otro atributo de la personalidad considerado así por algunos doctrinarios, entre ellos, los franceses.

A continuación pasamos a referir uno a uno, los atributos de la personalidad, así como a la forma en que los mismos están regulados por el derecho Constitucional y Civil nicaragüenses.

¹⁷ Arto. 25C.

La niña y el niño serán inscritos en el Registro de Nacimiento en los plazos que la ley de la materia establece. El Estado garantizará mecanismos ágiles y de fácil acceso de inscripción y extenderá gratuitamente el primer certificado de nacimiento. (Arto. 13 CNA).

1). El Nombre

Es el atributo de la personalidad que permite designar a una persona, puede ser una palabra o un conjunto de palabras que sirven para identificar o distinguir a una persona de los demás de su misma especie. El patronímico o apellido unido al nombre de pila, como se le suele llamar, determina en cada sujeto su identificación personal.

¿Cuáles son las principales normas sobre el atributo Nombre?

El nombre en el acta de nacimiento cumple la función de certificar el inicio de la existencia jurídica del **sujeto o sujeta** en cuanto persona y componente de la familia y el Estado. De no inscribirse el nacimiento de dicha persona, estaría siendo ignorada por el ordenamiento jurídico, al carecer del status legal de persona. La identidad es el patronímico y el nombre de pila. Se permite el cambio o modificación del nombre sin someterlo a hipótesis determinadas y trámites complicados.

La adquisición del apellido puede ser originaria o derivada pues está vinculada a la filiación del individuo. Por razón de nuestros padres será originaria, en razón del estado podrá ser derivada, particularmente en el caso de la mujer casada, aún cuando en Nicaragua no existe obligatoriedad para su uso.

Por razón de viudez, la mujer continúa haciendo uso del apellido del causante (marido), mientras no contraiga nuevas nupcias. Sin embargo, por motivo de disolución matrimonial, deja de usar el apellido del marido.

Los apellidos como parte integrante del nombre están determinados por la filiación que tengamos, si hemos nacido de una unión matrimonial o no matrimonial, y/o reconocidos por el padre y la madre, tendremos debidamente registrados los apellidos de ambos.

Es necesario tener presente lo dispuesto por los Artos. 27 y 48 de la Cn. que establecen la igualdad de todos, no obstante en los casos de hijos no reconocidos, ni producto de una relación matrimonial, tendrá el apellido del padre o la madre, según el caso.

En el Derecho Romano, el nombre se integraba de la siguiente manera:

- Preenomen, que era la designación individual, el nombre de pila: Agustín, Luisa.
- Nomen-Gentilium, designación de la Gens a que pertenecía cada individuo, tribu o clan de que se procedía terminada en IUS. Ejemplo: Tullius, Horatius.
- Prenomen del padre en genitivo, que servía para determinar la filiación de cada individuo.
- Cognomen, familia inmediata del individuo, una de las ramas o estirpes en que se dividía la Gens us -o- or, sobrenombre o apodo **Ejemplo:** Lentelus, Despaciioso.

Las mujeres generalmente sólo tenían un nombre formado del paterno. Ejemplo: Terentia de Terentius, si eran dos las hijas, se les distinguía con la palabra Major y Minor.

Actualmente, son dos los elementos constitutivos del nombre, a saber:

- -Prenomen o nombre de pila, bautizados o no, es lo usual
- -Apellido de los padres, o uno de ellos en su caso.

Este atributo posee sus propias características, tales como: necesario, único, inalienable, inembargable, inmutable, imprescriptible e indivisible, no se transmite por herencia.

El nombre puede sufrir modificación, cambios, adición o supresión. Se puede rectificar un nombre de acuerdo a lo establecido por los Artos. 578 C. y sigts. siendo la autoridad competente para conocer y fallar, el Juez de Distrito Civil del lugar de nacimiento.

"Arto. 578 C. Firmada ya una inscripción no se podrá hacer en ella rectificación, adición, ni alteración de ninguna clase, sino en virtud de sentencia dictada por el Juez de lo Civil de Distrito respectivo, en juicio sumario y con audiencia del Ministerio Público, del encargado del Registro y de las personas que se mencionen en el acta como relacionadas con el estado civil de que se trate. La sentencia, se inscribirá en el Registro donde se hubiere cometido la equivocación: a su margen y al de la inscripción rectificada, se pondrá una sucinta nota de mutua referencia, sea que el fallo conceda o niegue la rectificación."

De acuerdo con Ley No.139 - Ley que le da mayor utilidad a la institución del notariado, 1992, se faculta a los notarios con diez años en ejercicio de su profesión, para efectuar la correcta identificación de las personas que así lo solicitaren.

En este punto también nos ocuparemos de los seudónimos, que no son más que la denominación ficticia elegida por la persona para identificar con ella ciertas actividades que deseen dejar al margen de las relaciones ordinarias ligadas a su propio nombre y personalidad. No debemos confundir el seudónimo, con los nombres familiares o diminutivos. Su utilización más común es en las publicaciones literarias, en un concurso, cuando el requisito es participar bajo esa denominación. En otras ocasiones para realzar el prestigio de los autores, se adquieren por la notoriedad de la persona o por la reputación que pueda otorgar a su portador.

Ejemplo: El príncipe de las letras castellanas como se le ha denominado a Rubén Darío, adoptó y usó tal nombre, a pesar de que su nombre verdadero es, Félix Rubén García Sarmiento.

El nombre cuenta con protección jurídica en el ámbito civil según el Arto.565 C., al igual que en el ámbito penal, Artos. 490 y 491 Pn., al sancionar el uso del nombre o título supuesto con el objeto de ocultar un hecho delictivo, para evadir obligaciones civiles o personales, o causar algún perjuicio al estado o a los particulares.

En materia comercial, el nombre tiene mucha importancia, se trata de sociedades de agrupaciones, de nombre colectivo, de razón social, concepto distinto al de nombre comercial. **Ejemplo** Pollos Tip Top, S. A..

En países como Argentina -Ley No.18248-68, prohíbe los nombres que representen tendencias políticas o ideológicas o los que susciten equívocos respecto del sexo, o los nombres extranjeros, extravagantes o ridículos.

Ejemplo: A continuación y por considerarlo de interés incluimos el caso conocido por el Tribunal Superior Primero Civil de San José de Costa Rica, que íntegra y literalmente dice:

"Lecturas No. 1.179-A. Tribunal Superior Primero Civil- San José, a las ocho horas del cinco de julio de mil novecientos ochenta y cinco. Diligencias de cambio de nombre establecidas en el Juzgado cuarto Civil de esta ciudad por el señor Mario Antonio de las Piedades, mayor, soltero, vecino de esta ciudad. Resultando:

1º. El señor Juez, en sentencia dictada a las ocho horas veinte minutos del siete de junio último, resolvió: "Razones dichas, ley citada; No ha lugar a levantar la información correspondiente, para autorizar el cambio de nombre en la forma que lo pretende el promovente Mario Antonio de las Piedades... por no existir motivos, serios graves y justificados y por ser tal solicitud contraria a la moral y las buenas costumbres, Notifíquese, al promovente y a la Procuraduría de los Derechos Humanos".

2º. En virtud de apelación interpuesta por el promovente, conoce el Tribunal del presente asunto.

3º. En los procedimientos se han observado las prescripciones y los términos de ley.

Redacta el Juez Ramírez Segura, y considerando:

- I. El nombre es el modo de identificar legal y socialmente a una persona. Por él entendemos el nombre propio, de pila o bautismal (Carlos). El apellido, por el cual se identifica a la familia a la que pertenece (Jiménez Castro). También se designa como nombre el formado por el nombre propio y los apellidos (Carlos Jiménez Castro).
- II. En sus orígenes históricos el nombre propio era suficiente para identificar a una persona; pero conforme el grupo social se complicó fueron necesarios nuevos elementos de particularización. Los tratadistas Mazeaud nos sintetizan el fenómeno: "En Roma se introdujo el uso de dar a cada individuo un nombre complicado pero que tenía la ventaja de identificarlo perfectamente. Se citan siempre como ejemplos los nombres de Escipión (Lucius Cornelius Caneii filius Scipio) y de Cicerón (Marcus Tullius filius Cicero). Cada ciudadano lleva:
 - a. Un praenomen (Lucius o Marcus).
 - b. Un nomen gentilicium (Cornelius o Tullius) o nombre de la gens a la cual pertenecía el individuo.
 - c. El praenomen del pater en genitivo (Caneii filius o Marci filiu), que identificaba la filiación.
 - d. Un cognomen (Scipio o Cicero) que era el nombre de los miembros de la domus, de la familia en el sentido estricto, por oposición de la gens.
 - e. Además, recibía a veces un agnomen que era el mote personal. Así el nombre indicaba a qué gens y a qué familia pertenecía la persona que llevaba como vocativo individual el Praenomen." (Lecciones de Derecho Civil).- Parte Primera,

Tomo II, página 123, Editorial EJEJA 1959). (Los subrayados están en bastardilla en el original).

- III. Según los autores citados en la legislación francesa tanto el nombre propio como el apellido son inmutables, resultando imposible su cambio salvo casos excepcionales, cual ocurre con la adopción u otros expresamente legislados, pero debiendo ser autorizado por Decreto o propuesta del Ministerio de Justicia previa audiencia del Consejo de Estado. Por esa vía se ha autorizado utilizar el nombre canónico en lugar del civil, o bien los casos de afrancesamiento del apellido. En épocas antecedentes, la Ley de Germinal del año XI da como fuentes de inspiración para los nombres, los calendarios católico y revolucionario, sí como los derivados de la Historia Antigua.

Dice Jean Carbonnier que el problema del nombre es complejo pues produce una interferencia del Derecho de las Personas con el Derecho de Familia, (Derecho Civil, Tomo I, página 247. Editorial Bosch, 1960). También se ha considerado que encaja en los llamados Derechos de la Personalidad, entendiendo como la potestad de los ciudadanos de individualizarse gozando de su nombre de manera exclusiva frente a todos. Pero el nombre -" como derecho de la personalidad- sólo cabe entenderlo cuando es comprensivo del nombre de pila y apellidos, pues sobre el nombre de pila, por sí solo, el sujeto no tiene un derecho exclusivo; el mismo puede ser asumido idénticamente también por otros". (Francisco Mesineo, Manual de Derecho Civil y Comercial. Editorial EJEJA 1971).

- IV. Es claro que, dentro de la vida compleja actual, ese derecho implica el correlativo de los demás ciudadanos a su propia identidad. De ahí que si se autoriza el cambio unitario de nombre y apellidos se excederían las facultades del ciudadano pues se desbordaría el contenido extrapatrimonial que caracteriza esta materia, ya que con tales variantes podría causarse confusión o perjuicio a terceras personas, al permitirse indirectamente adquirir su identidad financiera o artística (Nelson Rockefeller o Salvador Dalí, verbigracia).
- V. Nuestro sistema civil tiene la particularidad de considerar inmutable el apellido pero no el nombre de pila. Según el artículo 36 del Código Civil todo costarricense inscrito en el Registro del Estado Civil puede cambiar su nombre, lo cual se hará por los trámites de jurisdicción voluntaria.

A diferencia de otras legislaciones, la nuestra concede mayores potestades al individuo permitiéndole cambiar el nombre de pila escogido por su padre para darse el de su personal preferencia. Como señala el apelante, el artículo no pone límites a esa potestad. Si consideramos estar en presencia de normas de derecho privado, pues en el caso concreto emanan de nuestro Código Civil, podría admitirse su petición e incluso cualquier cambio aunque resulte grotesco o impropio. Pero hoy día no puede aceptarse irrestrictamente la división del Derecho en los campos de privado y público, pues se invade al primero ya que el Estado es el órgano tutelar de todo el sistema al establecer el marco de legitimidad en que la voluntad individual puede desenvolverse. De ahí, que como señala el señor Juez en sus citas de doctrina y jurisprudencia extranjera - a falta de antecedentes concretos en nuestro país- se ha llegado al convencimiento de que tal cambio no puede ser indiscriminado, pues si los apelativos escogidos resultan vergonzantes o ridículos más bien se agravaría el problema, pues la " ratio legis " (razón legal) es un cambio que no desquicie el orden público. Debe entonces sacrificarse el afán sicológico del individuo por la salud social colectiva.

Lo anterior explica las reservas que han existido al reglamentarse las escogencias del nombre y limitarla a personalidades reconocidas en el campo político, artístico, literario o canónico. Sin ser participe sobre la restricción de fuentes en cuanto a la selección del nombre, si se coincide en que debe encontrarse remedio a la imposición de uno que produce disgusto o molestias, pero siempre que se respete el ordenamiento. De ahí que variaciones extravagantes como utilizar por nombre el que corresponde a un animal, o uno simplemente degradante no deben admitirse pues aunque en virtud de su especial idiosincrasia puede satisfacer al patente, sin embargo pueden resultar ofensivas o impropias del medio en que convive.

- VI. De ahí que si en casos como el sub-examine (bajo examen o que se analiza) un varón desea llevar un nombre de mujer es aspecto que no puede menos que provocar ciertos trastornos en la sociedad e incluso podría crear un caos si se populariza la medida o si, a la inversa, determinadas mujeres optan por nombres masculinos. Es cierto que hay algunos apelativos que son comunes a ambos sexos, cual ocurre con Rosario, Carmen o Mercedes, y otros compuestos como Carlos María o José María, pero ello responde más bien a una inspiración original religiosas, modalidades que son prohibidas concretamente en otras legislaciones. Pero en todo caso lo anterior refleja distinta fase del problema, pues de existir reservas debieron exteriorizarse al momento de imponerse el nombre en el bautizo o al registrarse. Precisamente ese nombre de pila podrá variarse en el futuro por uno más acorde con la personalidad del interesado, si así lo desea.

Más si por vía de cambio de nombre se permite que confunda el sexo de la persona, el Tribunal sin considerarse puritano, estima que se afecta al orden colectivo y es preferible negarlo. No se viola, como alega el inconforme el articulado civil de mérito pues la ley sólo establece reglas generales sin preveer situaciones como la presente, talvez porque en su momento se estimaban imprevisible.

- VII. En cuanto a la expresión de agravios el Tribunal la considera inatendible. Respecto al artículo 36 del Código Civil ya analizado, el cambio de nombre es "con autorización del Tribunal ", es decir, siempre que éste lo considere pertinente. En otras palabras la ley previó la homologación jurisdiccional.

Referente al artículo 37 ibi dem que se dice violado, es de mero trámite y si bien es cierto que el señor Juez omitió la publicación de edictos para oposición, ello no acarrea ninguna nulidad pues el Juzgado lo consideró innecesario en vista del criterio adverso que sustentaba. Como en segunda instancia hay coincidencia, el punto pierde interés y además, no se ha producido ninguna indefensión ni se trata de trámite insubsanable.

En cuanto a la cita del doctor argentino don Humberto María Ennis, más bien da razón al Tribunal, pues indica como primera premisa que los nombres de pila **deben adecuarse al sexo del nacido**, aunque establece la posibilidad de nombres compuestos como María José o José María, agregando: "El problema en este mundo de fenómenos nuevos es la posibilidad de cambiar el nombre cuando ha cambiado el sexo de la persona, real o aparentemente. La solución positiva aparece indudable aún cuando la ley no contenga prohibiciones al respecto." Opina el Tribunal como tesis argumentativa, que si hay cambio de sexo se justificaría un nuevo nombre correlativo, pero, aunque no se comprende bien como puede haber un cambio de sexo aparente, no creemos que el Doctor Ennis se refiera, digamos, a un simple transvestido, sino a variantes más complejas. Pero el punto es irrelevante, porque no se ha dado como razón para el cambio de nombre, alguna modificación real o aparentes del sexo, sino como un simple deseo del interesado.

Tampoco resultan violados, piensa el Tribunal, los artículos 28 y 40 de la Constitución Política, pues el primero permite la actividad privada pero en cuanto no dañe la moral y el orden público, aspecto este último en que se fundamenta el fallo.

Respecto al artículo 40 no se encuentra verdadera relación con el caso en examen.

Por tanto.-Se confirma el auto-sentencia venido en alzada. (f) Mario Ramírez Segura.- Olman Argueda Salazar.- Jorge H. Rojas Sánchez.- Teresita Madrigal Barboza.-Sria." Es conforme con su original con la que ha sido debidamente cotejada.

En el ejemplo textual analizado, el nombre de las personas naturales, al igual que el de las personas jurídicas o la razón o denominación social, constituye un medio de identificación necesario para sus relaciones jurídicas. La ley regula su denominación. Y así como la persona natural debe tener un nombre propio para su debida y adecuada identificación, los contratos de sociedad debe contener la razón social, de la persona jurídica de que se trate.

2). La Capacidad

¿Cuál es la significación del atributo Capacidad?

El Papa Juan XXIII, en su Encíclica *Pacen in Terris*, decía: " En toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es PERSONA, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre ".

La aptitud legal para adquirir derechos y contraer obligaciones civiles **-capacidad jurídica-**, es inherente a toda persona durante su existencia de modo general y absoluto permite ser titular de relaciones jurídicas, mientras que la **-capacidad de ejercicio-**, o aptitud para obligarse por sí mismo y disponer de sus bienes, llamada también capacidad de actuar o capacidad de obrar, es susceptible de modificarse y limitarse, respecto a las personas físicas por su estado civil, edad, o incapacidad física o legal. Este atributo se extingue con la muerte.

Ejercicio: Establezco diferencias entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

La persona que la ley considera o denomina incapaz, conserva plenamente su personalidad jurídica, es decir, su aptitud para adquirir derechos y, aunque parezca contradictorio, la incapacidad de goce priva radicalmente a quien afecta de la aptitud para adquirir un derecho, ya que es el goce mismo del derecho, el que se le niega.

La capacidad es consecuencia de la persona humana, por ello se ha entendido como el atributo de la personalidad de mayor relevancia, pues está íntimamente vinculado igual que los otros, al nacimiento con vida, al calificativo de persona, capaz o incapaz. Así podemos analizar los elementos que nos proporcionan los Artos. 6, 7 y 8 C., al establecer que :

Las personas de existencia visible son capaces, tienen incapacidad absoluta: las personas por nacer, los dementes y los impúberes. Los menores adultos, tienen incapacidad relativa.¹⁸

¹⁸ Arts. 7 y 8 C.

Además según lo previsto en el Arto. 10 C., los incapaces pueden adquirir derechos y contraer obligaciones. Estos derechos y obligaciones son ejercidos a través de sus representantes.

Ejemplo: En el caso de las hijas e hijos menores de edad, son el padre y la madre los representantes por ser los tutores naturales de los hijos e hijas, cuando les inscriben en la escuela, cuando firman la hoja de notas; de igual manera están facultados para solicitar autorización para la enajenación de los bienes propiedad de la hija o hijo menor de edad, o de tutor especialmente designado por autoridad competente.

En el caso de que el hijo o hija fuere mayor de edad, es decir haya cumplido veintiún (21) años), y fuese incapaz absoluto el o la representante deberá ser designado por la autoridad judicial correspondiente prefiriéndose desde luego, al padre y la madre.

En consecuencia, existen una capacidad de hecho o jurídica, que no es un derecho, sino una cualidad jurídica y una capacidad de derecho o de goce. La primera se obtiene al nacer, poseemos capacidad de hecho y se considera la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y la segunda, luego al cumplir o alcanzar determinadas condiciones, como la mayoría de edad, entre otras que nos permiten ejercer por nuestra propia cuenta esa capacidad, es decir, la capacidad de ejercicio o capacidad de obrar, es entonces cuando adquirimos la aptitud para realizar eficazmente actos jurídicos.

Lo anterior significa que para adquirir, ejercitar derechos y asumir obligaciones, según sea el Estado civil de la persona, así será el radio de acción de su capacidad de obrar.

La capacidad jurídica es la regla, opera dentro de lo que el ordenamiento jurídico la reconoce. Sin embargo y aún cuando nos hemos referido a la capacidad de hecho y a la capacidad de derecho, existe también otro tipo de capacidad y ésta es la capacidad especial, referida a la naturaleza de un determinado acto jurídico, que puede exigir especiales condiciones de aptitud, por ejemplo, el matrimonio.

¿ Cuáles son las limitaciones más relevantes del atributo capacidad ?

Podemos resumir las limitaciones a la capacidad en:

- a). La de los menores de edad
- b). La de las personas judicialmente incapacitadas por: demencia, locura, sordomudez, o por la condena a la pena de interdicción civil (estado de una persona a la que judicialmente se ha declarado incapaz y por ende privado de ejercer ciertos derechos, generalmente en razón de la comisión de un hecho delictivo o por otra causa). Es decir, que la incapacidad será absoluta o relativa.

La limitación a la capacidad se subsana a través de la Representación Legal, a quien corresponde actuar por el incapacitado. Asimismo existe incapacidad de hecho y de derecho; absoluta y relativa.

También hay incapacidad jurídica particular de derecho, prevista en el Arto. 9 C. y afecta generalmente a los plenamente capaces. Tal incapacidad es distinta a las señaladas en los Artos. 7 y 8 C., la que Ud. deberá ubicar y leer en el código civil, para su análisis e interpretación.

Si somos mayores de edad y no padecemos incapacidad absoluta podemos representarnos a los 21 años. El derecho político puede ser ejercido, según la Constitución a los 16 años. La edad hábil para contraer matrimonio, es la mujer de 14 y el hombre de 15, con autorización de los padres o representantes, según lo ordenado por el Arto. 101 C., y sin autorización, la mujer de 18 y el hombre de 21.

No obstante, el tutor estará impedido para adquirir los bienes de su pupila o contraer matrimonio con ésta, sin haber rendido, las cuentas de la guarda.

Por otra parte, encontramos que el menor de 18 años no puede salir del país sin autorización parental. Ahora bien, somos sujetos penales a los 15 años¹⁹; El código laboral vigente en su Art. 22 nos dice que son capaces para contratar en materia laboral, los mayores de 16 años de edad; para las actividades de comercio, según el Arto. 7Cc., el menor que se dedique a la actividad y se encuentre bajo la patria potestad, responde de sus obligaciones en la forma establecida en el código respectivo.

Por otra parte, la Convención de los Derechos del Niño, establece que es niño, el que no ha cumplido, los 18 años, normativa elevada a rango constitucional, según reza el Arto. 71 Cn. inco. 2) reformado, 1995.

Ejercicio: Los hermanos María Esther Solís y Luis Carlos Baca, de 13 y 16 años, son propietarios de un terreno en San Juan del Sur y han decidido venderlo, ambos son estudiantes del segundo y tercer año de secundaria en el Instituto "Miguel Ramírez Goyena". Según los conocimientos previamente adquiridos ¿Están capacitados estos muchachos para ejecutar este acto? ¿qué tendrían que hacer.?

Ahora reflexione y redacte la posible solución al caso concreto planteado.

También se habla de incapacidad de hecho e incapacidad de derecho. La primera es aquella en que el titular del derecho no lo puede ejercitar, ésta puede ser transitoria o permanente. En cambio la segunda,, está consignada por la misma ley. **Ejemplo:** Un niño de 13 años y una niña de 12 años, no pueden contraer matrimonio, por carecer de la aptitud biológica

¹⁹ El artículo 95 de la ley 287 del Código de la Niñez y la Adolescencia, nos dice que la justicia penal especial del adolescente establecida en el presente código, se aplicará a los adolescentes que tuvieron 13 años cumplidos y que sean menores de 18 años, al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta en el Código Penal o leyes penales especiales. Los adolescentes cuyas edades se encontraren comprendidas entre quince años y dieciocho años de edad, a quienes se le comprobare responsabilidad, como autores o partícipes de una infracción penal se le aplicarán las medidas establecidas en el presente libro. A los adolescentes cuyas edades se encontraren comprendidas entre los trece años cumplidos a quienes se les atribuye la comisión de un delito o falta, se establecerá su responsabilidad mediante el procedimiento regulado en este libro. Comprobada la existencia del delito o falta y la responsabilidad, el Juez competente resolverá aplicándole cualquiera de las medidas de protección especial establecidas en el Libro Segundo de este código, o de las medidas contempladas en este libro exceptuando la aplicación de cualquier medida que implique privación de libertad. Las niñas y niños que no hubieren cumplido los trece años de edad, no serán sujetos a la justicia penal especial del adolescente, están exentos de responsabilidad penal, quedando a salvo la responsabilidad civil, la cual será ejercida ante los tribunales jurisdiccionales competentes.

De conformidad con el Arto. 278 C., la persona plenamente capaz de ejercer los derechos por su propia cuenta y administrar su persona y bienes, requiere de la edad de veintiún (21) años, aún cuando nuestra legislación haya establecido un abanico de edades para la realización de distintos actos. Este es un ejemplo claro de la total capacidad de obrar, entendida como la que nos permite tener la mayor edad y si no padecemos de las incapacidades del Arto. 7 C., ejercer por nuestra propia cuenta, los derechos que nos asisten.

3). El domicilio

¿ A qué llamamos Domicilio como atributo de la personalidad?

El domicilio es considerado un atributo importante de la personalidad, siendo éste el lugar en donde la persona, el sujeto o individuo (a) tiene su residencia habitual. Es la relación jurídica entre la persona y la circunstancia territorial determinada. Relación permanente entre una persona y un lugar determinado.

El Arto. 25 C., nos ofrece el siguiente concepto: “ El domicilio de una persona es el lugar en donde tiene su residencia habitual. Es transeúnte el que está de paso en un lugar. Los diplomáticos residentes, por razón de su cargo, en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad, conservan el último domicilio que tenían en territorio nicaragüense. ”

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el derecho de las personas a su circulación y a la elección libre de su residencia, aspecto recogido por el Art. 31 de la Constitución Política y conforme al cual, se afirma que toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio, y a regresar.

Algunos países han establecido para los extranjeros de diversos países cuotas anuales de entrada a los Estados Unidos de América, por ejemplo, según Ley McCarren Walter, aprobada en el año 1952. Otro ejemplo más reciente, es la restricción decretada por Costa Rica, a la libre elección de residencia en ese país, respecto a las y los ciudadanos y ciudadanas nicaragüenses.

El concepto de domicilio reviste gran importancia por cuanto las personas necesitamos de un lugar determinado **para el ejercicio de nuestros derechos y el cumplimiento de las obligaciones**. Tal como hemos señalado el Código Civil nicaragüense lo define como el lugar de residencia habitual de la persona, y la doctrina por su parte, establece que el domicilio es: la sede jurídica personal.

Es de interés considerar que a la par de la voluntad material de vivir o permanecer en un determinado lugar, hace falta fijar de manera cierta ese mismo lugar, es decir debe existir la intención de permanecer en él. La voluntad es el elemento subjetivo Animus (ánimo o intención) y la presencia, será entonces, el elemento material, Corpus (cuerpo o presencia física). Ambos elementos son constitutivos del domicilio. De ahí que la residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella, se puede considerar como domicilio, pues residencia se entiende como el lugar donde la persona se encuentra accidental o transitoriamente sin llegar a exteriorizar una voluntad que pueda constituirse en el domicilio.

En la residencia existe presencia física, pero no voluntad de permanencia. Es el domicilio en todos los países, lo mismo que personalidad, uno de los atributos de la persona humana.

Recordemos que en el capítulo dedicado a la Teoría General de las Personas, abordamos la clasificación de las personas, entre ellas, los nacionales y extranjeros y que conforme este planteamiento podríamos continuar clasificándolas como:

- -Domiciliados y transeúntes.

Según el Arto. 26 C., existe la posibilidad de tener una pluralidad de domicilios. **Ejemplo:** Un empleado público tendrá su domicilio ordinario o voluntario en un sitio y el otro, en donde esté prestando sus servicios.

El domicilio rige la generalidad de las obligaciones y/o las relaciones jurídicas del individuo, es el lugar escogido por el sujeto o persona para permanecer en él, sirviendo además para determinar la competencia de los tribunales.

Los diplomáticos al gozar del derecho de extraterritorialidad, conservan el último domicilio de su país de origen.

Podemos clasificar el domicilio así:

- -Interior e Internacional
- -Ordinario o general
- -Legal
- -Especial
- -Convencional

Denominamos domicilio interior, al que tenemos dentro del territorio nacional, por ser relativo a una parte determinada del territorio del Estado, tiene importancia para ciertos efectos del derecho interno. **Ejemplo:** el domicilio interno, debidamente identificado, es condición indispensable para poder ser candidato o candidata para optar a ciertos cargos públicos, tal es el caso de los alcaldes o los/ las diputados /as, según lo ordenado por la Constitución Política y la Ley Electoral.

Es domicilio internacional, porque es el único que afecta la aplicación de las leyes en el espacio, incide en la solución de los conflictos de leyes dictadas en diferentes épocas o de diferentes países (Título Preliminar del Código Civil Artos. V y VI).

Ejemplo: Una persona nacional de Nicaragua, es nombrada para desempeñar el cargo de Ministro Consejero en el exterior, tendrá como domicilio el que ostentaba en Nicaragua, antes de ser nombrado para dicha función, pues la sede diplomática, se considera una extensión de la territorialidad del estado.

Domicilio general u ordinario, es aquel al que hacemos alusión sin ningún otro calificativo, el domicilio en general, se define como "el que rige la generalidad de las relaciones jurídicas de una persona". Es éste, el que escoge la persona por diferentes motivos para permanecer en él haciendo del lugar, la sede de sus actividades. Sin embargo, puede ser señalado por la ley, independientemente de la voluntad del sujeto, de ahí que a su vez pueda sub-clasificarse en domicilio: real y legal.

Ejemplo. La casa en que habitamos es nuestro domicilio general u ordinario, también denominado domicilio interior. El mismo que permite localizarnos, el sitio que hemos dado a todos nuestros conocidos, amigos o familiares y el que rige para todos los actos que realizamos.

Se entiende por domicilio legal, el que fija la ley o autoridad competente y en razón del hecho que lo motiva, tal como lo establece los Artos. 29 y 30 C.²⁰. La legislación hondureña., también le da este mismo nombre Y se contrapone al domicilio voluntario.

Es domicilio especial, en razón de los casos para los que ha sido constituido. Es decir para el cumplimiento de determinados actos, según lo estipulado por el Arto. 28 C., puede considerarse como un domicilio voluntario.

Ejemplo: Martha Lorena Solís mi amiga que vive en el Barrio “El Carmen”, me prestó C\$ 200 00. que le pagaré, el 15 de julio de este año en el parque central de Granada. En este ejemplo observamos que a pesar de vivir ambas en Managua, hemos convenido un lugar distinto, o domicilio especial para cumplir la obligación de pago.

Se considera domicilio convencional, el establecido de forma voluntario, es decir, las partes convienen en someterse al domicilio que señala el documento contractual, así aunque en la práctica, el deudor se somete al domicilio que su acreedor elige, ya que de lo contrario, no podría ser sujeto en la relación jurídica dada. Su objetivo es hacer más expedito el cumplimiento de la relación contractual. Esta no es delegable. Esto significa que se puede concertar, tal como se ha dejado expresado en párrafo anterior.

Ejemplo: Pedro Aníbal Núñez y María del Socorro Juárez, se han puesto de acuerdo para encontrarse en el Mirador de Catarina el día sábado 26 de julio de este año, lugar en donde el primero hará el pago efectivo de la deuda de doscientos córdobas que tiene con la segunda y, aunque él vive en Masaya y la otra vivía en Granada, convinieron que al momento de cumplirse la obligación, el domicilio fuese Catarina, es decir aquí podemos observar un domicilio convencional, distinto al que deudor y acreedor poseían al momento que se contrajo dicha obligación.

El derecho civil exige para que la habitación o residencia configure domicilio, el carácter de habitual, y no la simple accidentalidad de estar o encontrarse en un lugar. De habitar alternativamente en diversos lugares, se tendrá como domicilio, aquél en donde haya establecido su familia.

Es importante mencionar que el domicilio no se altera por la involuntaria residencia que la prisión signifique, tal como lo estipula el Arto. 32 C. que a la letra dice: “El domicilio de los que se hallan cumpliendo una condena es el lugar donde la cumplan, por lo que toca a las resoluciones jurídicas posteriores a la condena, en cuanto a las anteriores conservarán el último que hayan tenido. Los condenados a expatriación simplemente conservarán su domicilio anterior. Los reos sentenciados, mientras no sean trasladados al lugar en que deban extinguir su condena, tendrán como domicilio el lugar en que se hallen detenidos.”

²⁰ Arto. 29. Los empleados públicos tienen su domicilio en el lugar en que sirven su destino .

Arto. 30. Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que están destinados.

Cuando surjan conflictos en la aplicación de leyes de diferentes países, regirá la ley del domicilio, así como para la capacidad civil, el matrimonio, la Relación Madre-Padre-Hijos (Patria Potestad) y los contratos, según lo dispuesto en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil.

De igual manera debemos señalar que no existe restricción alguna para cambiar el domicilio, basta la voluntad de hacerlo; pues este derecho ha sido consignado en la carta fundamental de los nicaragüenses. Asimismo, se puede renunciar al domicilio mediante contrato o pacto si así lo estableciere. Es más, desconocido el domicilio actual, se tendrá en cuenta el último conocido.

En el caso de las personas que no tengan domicilio en parte alguna, la mera residencia hará las veces de domicilio, y las que no tengan ni uno ni otra, pueden ser demandados donde estuvieren.

Es importante estudiar el domicilio como atributo de la personalidad, porque determina la competencia de las autoridades para hacer efectivos los derechos y las obligaciones de cada uno. El derecho activo, también presenta especial interés así:

- -La declaración de presunción de muerte
- -La celebración del matrimonio
- -El discernimiento de la guarda
- -La emancipación
- -La apertura de la sucesión.

Además, desde el derecho pasivo, también reviste importancia por los derechos que pueden ejercitarse en contra nuestra con respecto a las obligaciones que nos correspondan (alimentos, relaciones contractuales, etc.)

¿ El atributo del domicilio se aplica en todas las ramas del derecho?

El domicilio tiene importancia para todas las ramas del derecho, así se observa:

En Derecho Penal, el domicilio constituye circunstancia agravante de responsabilidad, si el hecho delictivo se comete en el domicilio de la víctima. Por otra parte, la inviolabilidad del domicilio, establecida como derecho fundamental por nuestra Constitución, la encontramos en la figura de allanamiento de morada,(Arto. 26 inco.2).

En el Derecho Mercantil, se cuenta con un domicilio comercial, esta regulación la encontramos en el Código de Comercio. Los comerciantes tienen su domicilio en donde tengan el centro de sus operaciones para las demandas por acciones personales en aquella en que tuvieran el establecimiento principal.

En materia Laboral, precisamente en los Artos. 145 al 160 C:T; encontramos algunas disposiciones sobre el trabajo de los servidores domésticos y del trabajo a domicilio propiamente dichos.

¿ Cuáles son las teorías más relevantes en cuanto a la aplicabilidad de este atributo?

La utilidad del domicilio se ha dejado debidamente establecida en el Título Preliminar del Código Civil porque, permite determinar la ley aplicable, es decir fijar la competencia de jueces o autoridades administrativas, identificar el lugar del cumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, entre otras. La determinación de la ley aplicable al domicilio ha dado lugar a cuatro teorías, así:

- a). **Teoría de la autonomía de la voluntad**, que considera que el domicilio es una institución esencialmente personal y que se constituye por la voluntad del sujeto y la ley sólo se encarga de su constatación.
- b). **Teoría de la ley nacional**. Es sostenida por los partidarios de la personalidad del derecho, y argumentan que el domicilio debe ser determinado por la ley nacional del interesado, con excepción del orden público internacional.
- c). **Teoría de la lex fori** (ley del fuero o ley del tribunal). Esta ha tenido mayor aceptación en la doctrina y jurisprudencia internacional, al reconocer competencia para determinar el domicilio a la ley del tribunal que conoce del litigio.
- d). **Teoría de la lex loci** (ley del lugar). Esta acepta la competencia de la lex fori, cuando se trata de determinar si el individuo está o no domiciliado en el país del tribunal juzgador.

El Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, conocido así por su impulsor, dedica el Capítulo II del Título I, Libro I, Arts. 22 al 26 a este tema y brinda solución a los conflictos legislativos que puedan suscitarse en la materia. Dispone al efecto:

Arto. 22.- El concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales o jurídicas se regirán por la ley territorial.

Arto. 25.- Las cuestiones sobre cambio de domicilio de las personas naturales o jurídicas se resolverán de acuerdo con la ley del Tribunal, si fuera el de uno de los Estados interesados, y en defecto por la del lugar en que se pretenda haber adquirido el último domicilio.

Arto. 26.- Para las personas que no tengan domicilio se entenderá como tal el de su residencia o donde se encuentre.

De lo anterior se puede afirmar, que el Código de Bustamante, adopta el sistema de la lex loci. Como podemos observar lo establecido por el Código de Derecho Internacional Privado, guarda correspondencia con lo previsto en las disposiciones civiles de nuestro país, ya que por un lado se refiere al domicilio voluntario (el que elegimos libremente), por otro, al que establece la ley nacional. En nuestro caso, si residimos en Nicaragua, para todos los efectos y si no hemos establecido otro lugar como domicilio, será el que tengamos en nuestro país.

Veamos ahora, ¿cuáles son las diferencias entre residencia, habitación y domicilio.?

Se entiende por residencia, la morada efectiva del sujeto; ésta se refiere únicamente al lugar al normalmente pertenecemos. Es decir, donde existe el Corpus, la presencia física sin que haya Animus, la intención de permanencia.

En cuanto a la habitación doctrinariamente se ha considerado una concepción más transitoria que la residencia, se identifica como domicilio accidental, se da la existencia del Corpus, pero no del Animus. Su diferencia radica fundamentalmente en que el domicilio requiere la existencia de los dos elementos, Corpus y Animus, como ya dejamos establecido antes.

Las personas jurídicas (morales) tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración. Las que tengan su administración fuera de la capital, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán domiciliadas en el lugar donde los hayan ejecutado, en todo lo que a estos actos se refiera. Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales, según lo ordenado por el Código de Comercio.

En conclusión: el domicilio es un atributo de la persona. Se refiere al lugar donde ésta fijado su residencia habitual.

El domicilio es un atributo importante para el ejercicio de nuestros derechos y el cumplimiento de nuestras obligaciones.

La determinación de este atributo está condicionada a dos elementos: la voluntad de querer residir ahí (ánimus) y la presencia física en ellas (corpus).

El domicilio se clasifica en interior e internacional, ordinario o general, legal, especial y convencional.

El domicilio como atributo de las personas se aplica y reviste mucha importancia en el campo del derecho penal, Derecho laboral y del derecho mercantil, entre otros.

4). La Nacionalidad

Como recordará en el módulos autoformativo de Historia del Estado y del Derecho analizamos el estado y entre los componentes del mismo; el territorio, la nación, etc. de tal manera que el estudio sobre el atributo "nacionalidad" le resultará conocido y de fácil comprensión. Analicemos pues **¿Qué es la Nacionalidad?**

La nacionalidad es un atributo inherente a la persona, por cuanto las personas deberán tener una nacionalidad que indique su país de origen. Es el vínculo jurídico existente entre un individuo y un estado determinado, tiene su origen en el concepto romanista Status Civitatis, que era un hecho personal determinante de la aptitud o capacidad de obrar de la persona, influye en la capacidad y es fuente de derechos y obligaciones.

La nacionalidad es la cualidad nacional organizada en forma de estado, por tanto está sometida al régimen general de las condiciones del estado civil, es materia de orden público, permite establecer la diferencia entre nacionales y extranjeros. Para mejor entender este aspecto, debemos referirnos a lo establecido por la Constitución Política en sus Artos. del 15 al 22. , así como a la Ley No. 149, Ley de Nacionalidad, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 124 del 30 de Junio de 1992, la que hasta ahora no cuenta con reglamento. La nacionalidad se adquiere al nacer en determinado territorio o bajo condiciones prescritas por la Ley, se puede

renunciar a su nacionalidad mediante procedimientos establecidos y adquirir otra. Nadie puede ser privado de su nacionalidad excepto lo que dispongan las leyes.

En Nicaragua la nacionalidad se adquiere por el *lus Soli* y por el *lus Sanginis*, es decir por el territorio, o bien por la ascendencia Padre y Madre, uno u otra.

¿Cuál es el significado de la Nacionalidad?

La idea moderna de nacionalidad tiene su origen histórico en el concepto romano o romanista del *Status Civitatis*, que se configuraba en las fuentes como ciudadanía romana o condición de civiles, que era uno de los hechos determinantes de la capacidad de obrar de la persona junto con el estado de libertad y el de familia.

Durante la Edad Media, por influjo de la Constitución feudal de la sociedad, tuvo trascendental importancia el vínculo personal que ligaba al vasallo respecto de su señor natural o, en la época de las Monarquías absolutas, del soberano. Este vínculo se proyectó de modo diferente en los diversos países, pues hubo algunos que consagraron el principio "*nemo potest exulere patriam*" y que en virtud de ello establecieron su carácter perpetuo, mientras que otros, admitieron la posible ruptura del vínculo de feudalidad y, por consiguiente, la posibilidad de adquisición de otra naturaleza.

Con la caída del antiguo régimen, el vínculo dejó de ser concebido como un lazo de sumisión de la persona del vasallo a la del soberano en que se había transformado la relación feudal en la Edad Moderna, y a partir de ese momento, que puede situarse (a principios del siglo XIX), comienza a dibujarse la idea moderna de nacionalidad, que posee en el pensamiento de algunos autores, una doble carga ideológica.

La primera carga ideológica es la idea de nacionalidad como un vínculo que liga a un individuo o súbdito con un determinado Estado. Este modo de concebir la nacionalidad, que se puede llamar positivista y formal, comporta dos consecuencias importantes. La primera de ellas consiste en que todo el contenido de este lazo o vínculo será fundamentalmente jurídico-político, quedando en la sombra el influjo que respecto del status de la persona pueda determinar. La segunda consecuencia consiste en que cada Estado o cada legislador puede, a su arbitrio, decidir como pura cuestión de Derecho positivo quiénes son o quiénes le conviene que sean sus nacionales o súbditos.

Ejemplo claro podemos apreciar en la facultad que tiene el estado nicaragüense de declarar nacional a un extranjero, tal como se consigna en el Arto.18, que a la letra dice: "La Asamblea Nacional podrá declarar nacionales a extranjeros que se hayan distinguido por méritos extraordinarios al servicio de Nicaragua."

La otra carga ideológica, plantea que por encima y por debajo del Estado existe o puede existir una realidad histórica, cultural y social llamada Nación, que constituye una auténtica comunidad natural de carácter orgánico, en razón de la unidad de destino, de historia y de características culturales de sus componentes.

La pertenencia a esta comunidad nacional no tiene que coincidir necesariamente con la sumisión al Estado como organización política y no puede ser nunca arbitrariamente calificada por un Derecho positivo, sino que es una resultante sociológica condicionada por una serie de factores, como el linaje o el lugar de nacimiento, que no se pueden desconocer. Con ello, la

nacionalidad deja de ser un vínculo jurídico-político entre el Estado y sus súbditos, y adquiere relieve como una condición o cualidad de la persona que impone en ésta su sello. Por esta razón, la nacionalidad es un fenómeno que importa no sólo al Derecho Constitucional o al Derecho Internacional, sino que, como estado y condición de la persona, es una Institución de Derecho Civil.

Ejemplo: Nuevamente recurrimos a la Constitución Política de Nicaragua, que en su Arto.19, prevee: "Los extranjeros pueden ser nacionalizados, previa renuncia a su nacionalidad y mediante solicitud ante autoridad competente, cuando cumplieren los requisitos y condiciones que establezcan las leyes de la materia."

El Tribunal Internacional de Justicia, en su decisión de 6 de abril de 1955 (asunto *Nottebohm*), dice: "Según la práctica de los Estados, las decisiones arbitrales y judiciales y las opiniones doctrinales, la nacionalidad es un vínculo jurídico que tiene por fundamento un hecho social de relación; una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y deberes. Es, se puede decir, la expresión jurídica del hecho de que el individuo al que le ha sido conferida, bien directamente por la Ley, bien por un acto de autoridad, está de hecho más estrechamente unido a la población del Estado que se la ha conferido, que a la de cualquier otro. Conferida por un Estado, no le da título para el ejercicio de la protección (del nacional) respecto a otro Estado más que si constituye la traducción en términos jurídicos de la relación del individuo considerado como el Estado que le ha hecho su nacional".

La nacionalidad es un estado civil fundamental de la persona que influye en su capacidad de obrar. De acuerdo con la nacionalidad se aplican las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, estado, condición y capacidad legal de la persona y la sucesión por causa de muerte; es la Ley Nacional la reguladora de estas materias. Sin embargo, la nacionalidad no es sólo un estado civil, posee ante todo un carácter constitucional y político evidente, aunque por una tradición histórica su estudio y regulación se ubique en el Código Civil o en leyes especiales.

En el Derecho Civil, la nacionalidad se concibe como la "Cualidad que infunde a una persona el hecho de pertenecer a una comunidad nacional organizada en forma de Estado" (DE CASTRO). Es, ante todo, un estado civil de la persona (*status civitatis*). Como consecuencia de ello queda sometido al régimen general de las cuestiones de estado civil, es materia de orden público y posee una eficacia general o *erga omnes*.

En virtud de este estado civil se establece también una diferenciación entre nacional y extranjero.

La Constitución Política promulgada en el año 1987 y su reforma del año 1995, regula la nacionalidad en los Artos. 15 al 22, algunos de los cuales, ya nos hemos referido con anterioridad.

¿ Cómo se puede adquirir la nacionalidad nicaragüense?

Partiendo de la idea de que la nacionalidad no es perpetua y que no hay ningún inconveniente teórico ni práctico para cambiarla, pueden distinguirse dos modos o causas de adquisición;

- a). Adquisición originaria o automática o atribución de nacionalidad, por virtud de la cual se fija a la persona una determinada nacionalidad desde el momento de su nacimiento, y
- b). De manera sobrevenida o derivativa que se produce por virtud del cambio o modificación.

Los modos originarios de adquisición de la nacionalidad obedecen a dos tipos de causas o criterios, que son la filiación o el linaje *ius sanguinis*) y el lugar del nacimiento (usualmente denominado *ius soli*).

De acuerdo con el primer criterio, la nacionalidad se adquiere como consecuencia de la filiación, con independencia o exclusión hecha del lugar donde se nazca. Son Nicaragüense los hijos de nicaragüenses cualquiera que sea el territorio donde hayan nacido.

En cambio, con arreglo al segundo criterio, el factor determinante de la nacionalidad es el lugar del nacimiento con independencia de la nacionalidad de los padres.

Se ha discutido cuál de estos factores debe prevalecer y señalado que tanto en el orden individual como en el colectivo, la pertenencia a un grupo nacional, la inserción en él y la vinculación con él viene dada más por la filiación y por el linaje que por el suelo en que nazca.

Conviene destacar que en este punto, como en todos, la nacionalidad no puede ser algo arbitrario ni dependiente del mayor provecho que un Estado pueda obtener de uno u otro sistema, sino que debe depender de las convicciones imperantes o generalizadas en una sociedad o un grupo social, aunque éstas puedan estar fundadas en factores ligados con las estructuras económicas o con la demografía.

La Ley de Nacionalidad, Ley No. 149 promulgada el 25 de junio de 1992 publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 124 del 30 del mismo mes y año, establece de manera clara los requisitos y procedimientos a seguir para obtener la nacionalidad nicaragüense, cuando la persona interesada no le une vínculo alguno de filiación, es decir se trate de hijo o hija de padre o madre que ostenta la nacionalidad nicaragüense.

Las diferencias entre nacionales y extranjeros, se manifiestan en el campo del Derecho Público tal como lo señala la Constitución Política en su Arto. 27 inco. 2), sólo los nacionales tienen derecho a participar en los asuntos públicos, elegir y ser electos, es decir que a los extranjeros les está vedado tal derecho por su misma condición.

¿Qué dice la legislación nicaragüense en materia de nacionalidad²¹?

El cuerpo legislativo nicaragüense en asuntos de nacionalidad está integrado básicamente por tres cuerpos de leyes: la Constitución Política, la denominada Ley de Nacionalidad (Ley No. 149 del 25 de junio de 1992 y el tratado de doble nacionalidad, entre Nicaragua y España del 25 de julio de 1961). Un breve análisis de dicha legislación nos muestra la existencia de una serie de defectos e incongruencias.

En efecto, cuando la ley declara que los nacidos en el extranjero de padres o madres nicaragüenses adquieren la nacionalidad nicaragüense y la extranjera, el estado nicaragüense, se está arrogando una competencia que no le pertenece, pues el único competente para decidir

²¹ Rodríguez Olivas Gerardo, Dr.. La Tribuna, 30 de julio, 1996.

si esas personas adquieren la nacionalidad extranjera es el Estado donde tales personas nazcan.

Ilustremos esto con un ejemplo: Una persona nace en Francia, de padres nicaragüenses. De acuerdo con el mencionado artículo, estas personas adquieren la nacionalidad francesa y nicaragüense, lo que no es correcto, pues sólo Francia puede decidir si las personas que nacen en su territorio de padres extranjeros adquieren o no la nacionalidad francesa.

Ejercicio:

- 1- Defina con sus palabras ¿qué es nacionalidad? y qué significado tiene como atributo de las personas.
- 2- Analice y comente la Ley de Nacionalidad y los artículos de la Constitución Política de Nicaragua (15-22 Cn.)
- 3- Investigo los casos de José Antonio Alvarado y Edén Pastora y argumento mis consideraciones al respecto.

5). Estado Civil

Abordado el tema de la nacionalidad como atributo de la persona y por ende de la personalidad, nos ocuparemos en esta ocasión del estado civil.

¿ A qué denominamos estado civil?

El estado (civil o político) de una persona como uno de sus atributos, es la situación jurídica concreta que guarda en relación con la familia, el Estado o la Nación.

Es un conjunto de cualidades que la ley toma en consideración para atribuirles efectos jurídicos. El estado de las personas, señala Planiol, se manifiesta en tres distintas direcciones:

- 1ª. Como situación de orden político en las calidades de nacional y ciudadano;
- 2ª. Como situación de orden familiar en el estado civil o de familia y
- 3ª. Atendiendo a la situación física de la persona como estado personal.

Por ejemplo: Las personas poseemos una calidad de nacionales o extranjeros con respecto a un determinado país, de manera que en ese mismo orden seremos ciudadanos o no del mismo. En el plano familiar, somos niños, niñas, hijos, o hijas, casada o soltero, mayor o menor de edad. Y como estado personal referido a la salud no sólo como ausencia de enfermedades o dolencias, sino como estado de bienestar. Estamos sanos, saludables .

Lo relativo al Estado Civil, como atributo personal, se encuentra regulado en los artos. 499 al 595 C.

El estado civil es la calidad de individuo en orden a sus relaciones de familia en cuanto le imponen derechos y obligaciones y podemos decir, que si la capacidad jurídica es igual en todas las personas, no sucede lo mismo con la capacidad de obrar, puesto que no todas las

personas gozan de idéntica capacidad. Es propio de las personas naturales, todo individuo o persona, debe necesariamente tener un estado civil. La edad, por ejemplo es una cualidad inherente a la persona, que el derecho toma en cuenta para atribuirle una determinada capacidad de obrar o de ejercicio.

De conformidad con el Arto. 500 C., las actas del Registro del Estado Civil de las Personas, son pruebas del Estado Civil, pruebas preconstituidas y privilegiadas, es decir, son documentos públicos autorizados debidamente por el funcionario respectivo.

Este atributo se deriva de la voz Status, de los tres estados integrantes del Caput que eran: Libertatis, Civitatis y Familiae.

En la actualidad, el primero (libertatis) dejó de existir al desaparecer la esclavitud; el segundo existe para el ejercicio de los derechos políticos y en cuanto al tercero (familiae), sí existe con sentido diferente, pues los derechos y deberes con respecto a la familia, son ejercidos conjuntamente por el padre y la madre, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, Constitución Política; Decreto No.1065 Ley Reguladora de las Relaciones Madre-Padre e Hijos, entre otras.

Las leyes sobre estado civil son de orden público, es decir no pueden renunciarse.

La acción civil Posesión Notoria de Estado relativa al Estado o ubicación del sujeto en orden a sus relaciones de familia, previstas en los Artos. 569 C. y siguientes, puede ser ante los tribunales de justicia, por quien reclame su legítimo derecho de hijo, hija, esposa, esposo.

Ejemplo: Una persona cuyo padre no la ha reconocido, puede mediante juicio que se promueve ante el Juez de Distrito para lo Civil, demandar el estado de hijo o hija, si se cumple con el requisito de ser conocido como tal, y no han transcurrido diez (10) años, período máximo para reclamar tal derecho.

¿Cuáles son las fuentes del estado civil?

Son fuentes del Estado Civil, los de familia por razón del matrimonio, unión de hecho estable o filiación: Por el primero adquirimos otro estado (soltero/a, casado/o, o viudo/a), así como la filiación de padre o de hija (o), solos o combinados entre si, originan diversos estados. **Ejemplo:** estado o calidad de padre, madre, hijo o hija, nieto o nieta, etc.

El estado civil se adquiere o modifica. **Por ejemplo,** siendo solteros, al unirnos en matrimonio o convivir en una unión de hecho, modificamos nuestro estado y seremos casados o acompañados. Este atributo posee características, al igual que los anteriores y fundamentalmente es de carácter recíproco, en cuanto al estado de unas determinadas personas, les corresponde otro por igual o desigual. Se considera base del derecho sucesorio.

Ejercicio

Lea los artículos 499 al 595 del C. y escriba las dudas que surjan para preguntarlas en las sesiones tutoriales.

Anote las diversas formas de modificación al estado civil.

6). El Patrimonio

Ahora bien, para concluir los atributos de la personalidad, es necesario saber **¿A qué llamamos Patrimonio?**

El patrimonio ha sido considerado un atributo de la personalidad y lo definimos así como el conjunto de derechos y obligaciones apreciables en dinero; Conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas valorizables en dinero y que constituyen una UNIVERSALIDAD.

Entendemos entonces por Patrimonio, lo que se hereda del padre o la madre, lo que pertenece a una persona, así una finca o casa por ejemplo, puede ser el patrimonio de una persona o de una familia. De igual manera el producto del intelecto, de la ciencia, de los inventos o producciones literarias o artísticas, es patrimonio también. El patrimonio nacional es la totalidad de los bienes de una nación.

Para Aubry Et. Rau, defensores de la teoría personalista, el patrimonio es la personalidad misma del hombre, no se concibe al patrimonio sin una persona que sea su titular.

Planiol y Ripert, defensores de la teoría objetiva, afirman que el patrimonio es sólo una masa de bienes; visto así, cabe la existencia de un patrimonio sin titular o bien que una misma persona sea titular de varios patrimonios.

Los derechos patrimoniales: son susceptibles de valoración económica, así encontramos que estos pueden ser reales, personales e intelectuales.

Ejemplo: Somos propietarios de un terreno y en ese carácter poseemos un derecho real directo sobre la cosa. Luego ese mismo terreno lo damos en arriendo a un tercero, a otra persona y por el contrato que firmamos, surge un derecho personal. Si hemos escrito un libro, somos autores del mismo y propietarios de los beneficios o frutos que produzca dicha obra.

En el campo de los derechos de autor y derechos conexos se identifican claramente los derechos patrimoniales y los derechos morales, éstos últimos también denominados derechos extrapatrimoniales, por no ser cuantificables, en dinero, tales como la paternidad o maternidad de la obra, los derechos de familia (el afecto, las atenciones, los cuidados, etc.).

¿Cuáles son las características del patrimonio?

Como características del patrimonio podemos mencionar que: es único, transmisible, posee identidad sustancial y unidad real. Este puede modificarse, fusionarse o liquidarse, pero no el patrimonio en sí. El patrimonio es otro atributo de la personalidad de carácter legal, porque nace del derecho objeto instrumental, porque persigue la consecución de determinados fines y es autónomo por ser independiente de la responsabilidad del deudor.

Toda persona posee la facultad o derecho inherente para poseer un patrimonio, por el hecho de ser personas, existe siempre la capacidad de adquirir este atributo. Es decir que independientemente del objeto o finalidad que persiga una persona, ésta debe tener la posibilidad jurídica de adquirir un patrimonio.

¿ Cómo puede ser el Patrimonio?

El patrimonio puede ser:

- a). Personal: Atribuido a una persona natural o jurídica.

Ejemplo: Tenemos una casa, unos muebles, una ropa que usamos, en fin una serie de artículos, o bienes que satisfacen nuestras necesidades, ese es nuestro patrimonio personal. Y los bienes que posee una empresa, muebles, maquinaria, edificios, cuentas corrientes, obligaciones pendientes, acciones, etc, representan el patrimonio de las personas jurídicas.

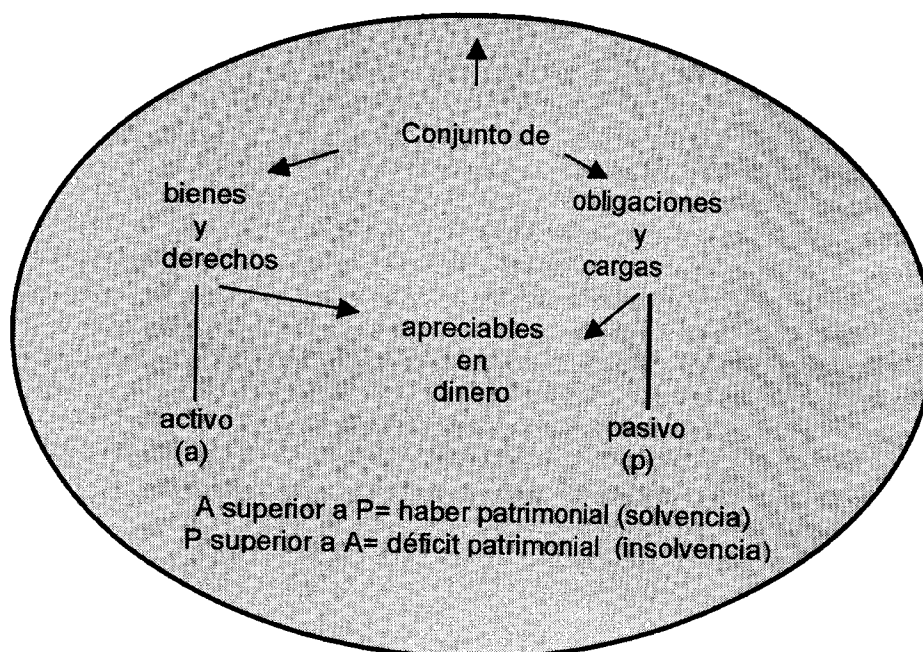
- b). Separado: Masa de bienes, derechos y obligaciones delimitada en relación al patrimonio general o personal.

Ejemplo: De un total de bienes, propiedad de nuestro padre, éste decide hacer una separación y asigna a nuestra madre una parte y la restante a todos nuestros hermanos o de acuerdo con el Arto 71 Cn decide constituir el patrimonio familiar (inmueble donde habitará la familia, el mobiliario) separándolo y por ende protegiéndolo del resto de la masa de sus bienes.

- c). Colectivo: Pertenece a una pluralidad de personas, es decir concurre más de un titular.

Ejemplo: El de las personas jurídicas sean éstas lucrativas o no. Pues al ser unidad resultante de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes y a los que, para la consecución de un fin social durable y permanente, es reconocida por el Estado una capacidad de Derechos Patrimoniales.

EL PATRIMONIO DE UNA PERSONA, CONSTITUYE UNA UNIVERSALIDAD DE DERECHO



Como puede usted apreciar en este gráfico encontramos los bienes que representan derechos y las obligaciones que muestran las cargas, deudas, o pasivos que una determinada persona posee. Los bienes o derechos, se conocen como el lado activo de la economía y las obligaciones o cargas, como el lado pasivo de la economía. En tanto el activo sea superior al pasivo, podemos hablar de una persona solvente, caso contrario, estaremos frente a una persona cargada de obligaciones, es decir, con un déficit en su economía personal.

5. Fin de la existencia de la persona

¿Cuándo se determina el fin de la existencia de las personas?

La existencia legal de toda persona natural termina con la muerte, ésta es definida por algunos como: la separación del alma del cuerpo o bien la cesación de las funciones vitales.

La muerte puede ser, jurídicamente, real, que es la definida anteriormente, o presunta, llamada presunción de muerte por desaparecimiento. Artículo 46 C. "Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas".

Muerte Presunta

Nuestro Código Civil, es uno de los primeros que ha establecido expresamente la presunción de muerte por desaparecimiento, como término de la existencia legal de las personas.

En el lenguaje corriente se dice que una persona está ausente cuando no se encuentra en el lugar de su morada o de su residencia ordinaria. En este sentido, la ausencia no implica la menor incertidumbre sobre la vida de aquél que no está en el lugar de su residencia habitual.

Pero con la palabra **ausente** se designa especialmente a la persona que ha dejado su residencia o domicilio sin dar noticia de su paradero, lo que hace que exista incertidumbre respecto de si está viva o muerta, y la incertidumbre va en aumento a medida que esta situación se prolonga. Nuestro Código a semejanza de los demás códigos modernos, emplea la palabra ausente en este sentido técnico y especial.

Como esta situación, a más de la incertidumbre que trae consigo, lleva envuelta una serie de problemas y dificultades, nuestra legislación ha establecido un procedimiento que tienda a declarar presuntivamente muerto a un individuo ausente. Como se trata de una presunción, debe partir de hechos o antecedentes conocidos para deducir de ellos un hecho desconocido que la ley presume como realmente verificado. Los hechos conocidos son dos: la ausencia del individuo y la falta de noticias. De ellos- previo un procedimiento judicial- se llega a una conclusión que se presume: la muerte que se declara por la autoridad competente.

Al morir un ser humano se extinguen todos los derechos y obligaciones inherentes a la persona, subsistiendo sus relaciones de carácter patrimonial (sucesión). La muerte es a su vez, el fin de la personalidad.

¿Cuáles son las causas de pérdida de la personalidad jurídica?

Son muy diversas las causas por las cuales puede terminar la personalidad jurídica. Ello depende de la clase o tipo que se considere y de otras circunstancias. Estas situaciones son corrientes en las sociedades de carácter mercantil, que se establecen por tiempo definido y no en las corporaciones y fundaciones, que por norma general y conforme a la ley, se constituyen por tiempo indefinido.

¿Cómo se determina la extinción o pérdida de los bienes?

Tratándose de la sociedad, hay causales especiales, como la renuncia o muerte de un socio, en ciertos casos. Debe notarse que hay situaciones en que la personalidad jurídica subsiste, no obstante, haber terminado la existencia de ella, como ocurre con las sociedades comerciales, para facilitar la liquidación y distribución de los bienes de la sociedad y hacer frente al pago de sus deudas.

Ejemplo: Cuatro personas constituyeron una empresa mercantil o sociedad empresarial y establecieron que a la muerte de uno de los socios, ésta seguiría funcionando y las acciones pasaron a manos de los herederos del socio fallecido. En este caso, no hay interrupción en la actividad empresarial. Caso contrario será cuando el acta constitutiva establezca que a la muerte de uno de los miembros la sociedad deberá liquidarse o ésta se extingue. O en el caso de las personas jurídicas sin fines de lucro, reguladas por Ley No. 147 establece que el mínimo de miembros para constituir una asociación, es de cinco personas, lo cual equivale a decir que si falta uno, la asociación se extingue o desaparece, la personalidad jurídica ha llegado a su fin

Sin embargo, se puede estar ausente jurídicamente, cuando una persona ha desaparecido de su domicilio sin que se tengan noticias de ella y se ignora si vive o ha muerto; cuando se formula la presunción de muerte, cesa la personalidad.

Según el Arto. 46 C., termina la existencia legal de las personas por muerte natural de ellas, la muerte civil no tendrá lugar en ningún caso. Sólo la muerte produce la total extinción de la personalidad. Sin embargo, subsisten sus relaciones patrimoniales, derivadas de los bienes que el difunto poseía.

No obstante, se extingue el usufructo por muerte del usufructuario, al igual que el mandato por fallecimiento del mandante o del mandatario. El Código Civil también se refiere a la muerte presunta, la que declara el Juez respecto de un individuo que ha desaparecido y de quien se ignora si vive o no.

La muerte civil era establecida para seres vivientes que morían para el mundo, dejaban de ser sujetos de derecho. Podía ser esta voluntaria consecuencia de una determinada profesión religiosa, o bien el resultado de una condena penal. En algunos códigos civiles ésta consistía en privar al condenado de toda participación de sus derechos civiles. Hoy día no existe la muerte civil y los incapaces siguen siendo personas, de ahí que las incapacidades únicamente sean restricciones a la personalidad.

Cuando se presente duda sobre la muerte de una persona, la prueba de la muerte deberá ser aportada por quien la afirma, pues lo normal es el asiento en el Registro del Estado Civil de las Personas. Igual que lo establece la legislación costarricense, nuestro Arto. 47 C., establece que cuando se presenta el caso de los "conmuerientes", es decir, que por razón de un mismo

acontecimiento, fallecen varias personas y resulta imposible determinar con exactitud la hora en que cada una falleció, siempre se presume que fallecieron, todas al mismo tiempo.

Ejemplo: las muertes ocurridas en un accidente aéreo, automovilístico o un naufragio, huracán, etc.

Para zanjar toda dificultad acerca del conflicto de derechos que pudiera producirse entre los sucesores de personas llamadas a heredarse mutuamente, que perecen en un mismo acontecimiento, sin que fuere posible determinar cuál de ellas falleció primero, se establece la presunción de que ambas fallecieron al mismo tiempo, es decir simultáneamente. De tal forma que los sucesores de cada uno de los fallecidos, entrarán a distribuirse el caudal hereditario de su respectivo causante.

Con la muerte, se extingue la personalidad de todas las personas físicas o naturales y como ya fue expresado, su utilidad es con fines del Derecho Sucesorio. Igual interpretación se da en el caso de parto múltiple o nacimiento de dos (2) o más personas. **Ejemplo:** Deberá inscribirse por separado el nacimiento de cada uno de los nacidos, así sea uno, dos o tres.

Existen otros métodos para poner fin a la existencia de las personas naturales, tal es el caso de la Eutanasia que etimológicamente, quiere decir muerte dulce. La idea de la eutanasia es atribuida a Bacon, pero en el campo jurídico es un problema contemporáneo.

El concepto de eutanasia encierra el concepto de muerte de una persona para librarla de un dolor físico o moral que le hace insoportable la vida, muerte que es dada a esa intención o móvil. Hasta ahora no se encuentra regulada en la legislación nicaragüense y es cuestionada por diversos sectores de la sociedad, en especial por la iglesia.

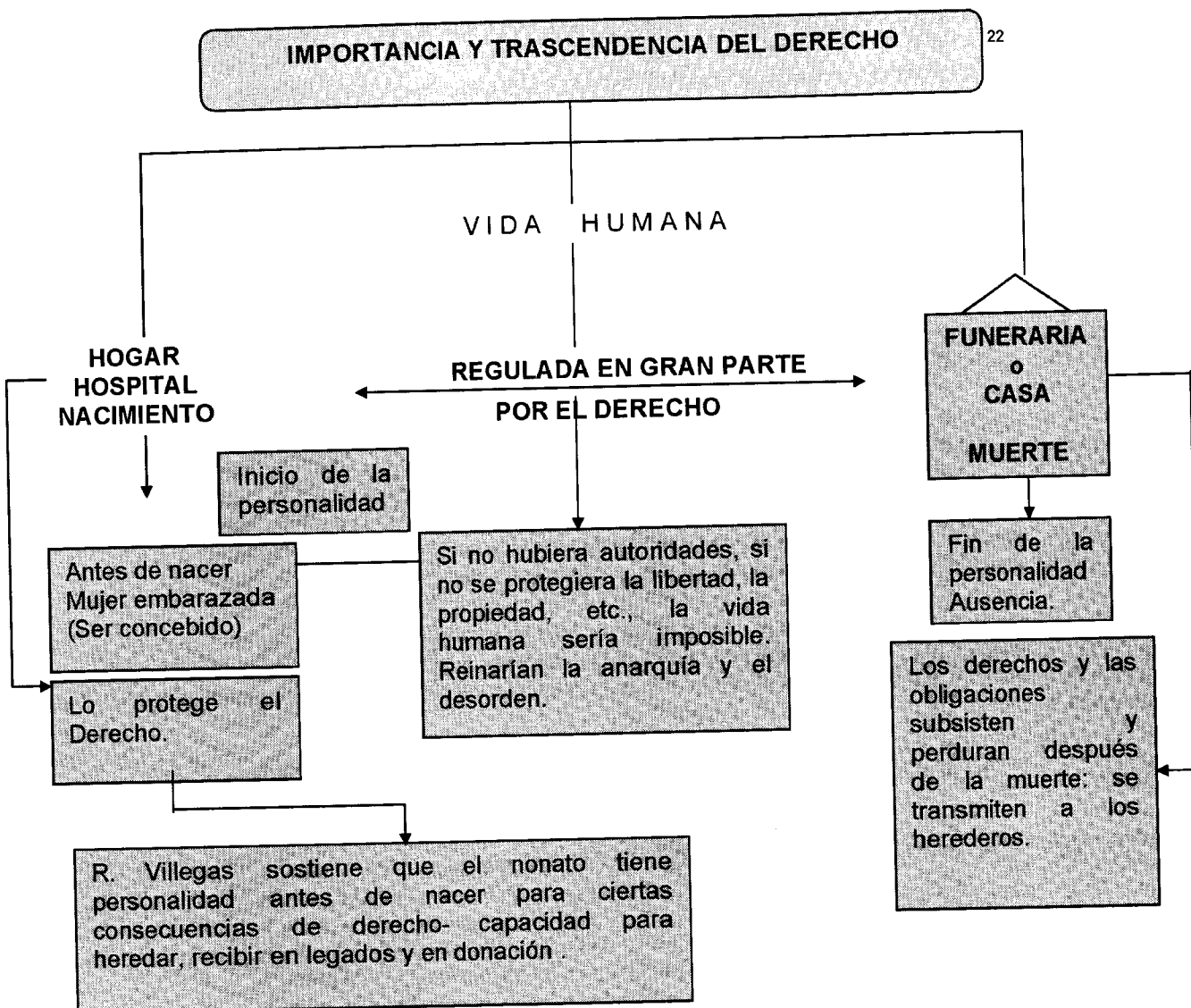
Ejercicio

Reflexiono y anoto mis consideraciones respecto a:

1. Importancia del fin de existencia de las personas
2. Los derechos y deberes que subsisten aún después del fallecimiento
3. La diferencia entre muerte presunta y muerte real.

Resumen

Para concluir con este tema del fin de la existencia, en el esquema siguiente presentamos, el recorrido de la vida humana desde su nacimiento, hasta el fin de su existencia, así como la importancia y trascendencia que el derecho tiene en tal hecho vital, con respecto a la persona misma, así como a los que le sobrevivan, por razón del vínculo de parentesco existente.



²² Clemente Soto Alvarez., Estudio del Derecho Civil. Editorial Limusa. México.,D.F.,

Actividad de autoaprendizaje No. 1

1. De los conceptos dados deduzco la importancia de las fuentes del derecho.
2. Leo el mapa conceptual que aparece en las páginas anteriores y elaboro un resumen sobre la división del derecho.
3. Establezco diferencias entre Jurisprudencia y Analogía; Jurisprudencia y la Ley.
4. Leo nuevamente los conceptos sobre "persona" expresados por los juristas Sánchez Román, Capitant, Escriche y Merino y con los aportes dados, elaboro mi concepto de persona, lo comparo con el definido en el Código Civil (Arto. 1 C) y sustento mis comentarios.
5. Enuncio los atributos de la personalidad.
6. Analizo y comento sobre el cumplimiento en nuestra realidad de los derechos de las personas contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 1ro. de diciembre de 1948 hecha por las Naciones Unidas y que se presenta a continuación:
 - a. Todos los seres nacen libres e iguales y gozarán de los derechos y libertades sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política nacionalidad, posición social o económica.
 - b. Tienen derecho a la vida, libertad y seguridad y no será sometidos a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.
 - c. Se debe respetar la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia
7. Doña Andrea Espinoza, es maestra de educación primaria, está casada, con el señor Ruperto Rodríguez quien es Capitán del Ejército de Nicaragua, tienen tres hijas y compraron una casa en el Barrio San Felipe de la ciudad de León. Ella desde hace dos (2) años se desempeña como Directora de la Escuela Superior "Josefa Toledo de Aguerri", en el municipio de Posoltega y actualmente es estudiante de la Facultad de Ciencias de la Educación de la UNAN-LEON. Indique en cuál de estos sitios tiene su domicilio.
8. Redacto una anécdota personal o de un amigo / a, o conocido / a que se relacione con el cambio de nombre o rectificación.
9. Contesto ¿Qué bienes conforman mi patrimonio?
10. Según lo que manda la Constitución y el Código del Trabajo, explico cómo las personas jurídicas, adquieren su personalidad.
- 11.- Retroalimentó mis conocimientos con las respuestas que figuran en las páginas 108-109.

Una vez desarrollado el tema sobre las personas y apropiados de la importancia de las personas, de su diferencia, así como de los derechos y deberes de las mismas, aún después de su desaparición física, muerte presunta o muerte real, nos preparamos para establecer la relación de los conocimientos adquiridos hasta ahora, para adentrarnos al estudio del siguiente tema.

C. EL PARENTESCO

1. Concepto

¿Qué es el parentesco o a qué llamamos o denominamos parentesco??

Al leer el subtítulo de este subtema, es posible que sienta que su contenido es conocido y quizá piense que es de fácil comprensión ya que el término parentesco le es familiar, lo usa con frecuencia en su lenguaje cotidiano cuando se refiere a las personas, miembros de una familia, a quienes les une algún lazo de sangre. Efectivamente la palabra parentesco tiene que ver con la familia, pero en este apartado sólo abordaremos el parentesco, desde su concepción hasta los tipos, grados y clases que reconoce la legislación civil nicaragüense; así como también los procedimientos para su determinación, la importancia del mismo y efectos derivados. Aunque el Código Civil nicaragüense no llega a definir la Familia, sino que se ocupa de sus diversas instituciones, tales como el Matrimonio, el divorcio, la patria potestad, filiación, alimentos, etc., partiremos entonces de lo establecido por la Constitución Política que dedica el Capítulo IV a los Derechos de la Familia, (lea los Artos. 70 al 79), ahí vemos como conceptualiza la familia: "el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado"²³.

El parentesco es, en primer lugar un vocablo, **una de esas** primeras palabras que todos los niños aprenden y que sirven para designar a las personas incluidas en la categoría de "parientes" o para dirigirse a ellas. A este léxico de términos de parentesco se agrega un acervo de nombres propios recibidos y transmitidos de diversas maneras de unos parientes a otros como, hermanos /as tíos /as, primos /as, abuelos /as, etc. Por último, este conjunto de palabras y de nombres está dotado de una especie de protocolo de forma más o menos clara, que dicta a cada cual la conducta que debe mantener ante un pariente.

Posteriormente nos referiremos al parentesco, aspecto recogido en el Título Preliminar del Código Civil y que guarda íntima relación con esta materia, como es el Derecho de Familia.

Iniciemos pues preguntándonos, jurídicamente **¿qué es familia?**

Con mucha frecuencia nos referimos a la familia y damos por sentado, que ésta es un instituto prejurídico en cuanto que es una institución natural, porque se ha creído que surgió espontáneamente, por la presencia de hombres y mujeres en el mundo, y que existió antes que el derecho. Esta tesis es cuestionada, puesto que la existencia de la familia presupone una determinada forma de organización social, pautas de comportamiento, entre otras.

De ahí que la familia sea un grupo de individuos cohesionados en virtud de unas determinadas características y de unos determinados fines o funciones que esta llamada a cumplir.

Según Arto. 237 Pn. (Ley 230, 1996). Se entiende por familia, **a la relación o núcleo conformado por** el cónyuge o compañera en Unión de Hecho Estable con sus hijos e hijas, la mujer u hombre en su papel de padre o madre solo o sola con sus hijos e hijas convivientes y los colaterales hasta el 3er. grado de consanguinidad o afinidad.

²³ Constitución Política con las Reformas vigentes desde 1995. Edición oficial Asamblea Nacional. Primera Edición, Julio 1995.

Otra concepción sobre la familia, es la forma histórica de organización de la vida común de los seres humanos de ambos sexos. Es la célula de la sociedad porque cumple la función indispensable en la reproducción de la población, aunque las funciones de la familia, a través del tiempo, han sido distintas, desde la función política, hasta la económica y socio- cultural.

Podemos entender la familia en tres sentidos:

- a. Como que todas las personas unidas por el matrimonio o unión similar a éste, constituyen la familia.
- b. Las personas que viven bajo un mismo techo (padre, madre, hijos, nietos e incluso parientes colaterales) es sinónimo de hogar, y
- c. Se entiende como familia al grupo formado por el padre, la madre y sus descendientes.

De lo anterior podemos afirmar que la familia comprende el conjunto de personas y relaciones entre padres, madres e hijos, relaciones materiales, jurídicas, ideológicas y morales.

Para el jurista mexicano Rafael Del Pina, familia es un agregado social constituido por personas ligadas por el vínculo de parentesco.

El derecho de familia, es un derecho expansivo, emergente, vivo y dinámico caracterizado por no ser formalista, por la autonomía de sus fuentes, además, protector de la familia y cuyas normas son fundamentalmente de orden público²⁴.

Así lo demuestra la dispersión de la legislación en esta materia y consecuentemente, el nuevo norte conceptual observado en la Constitución Política Nicaragüense del año 1987, que es bastante similar a la legislación panameña.

El Derecho de Familia, es aquella parte del Derecho Civil que regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros, tal como señala Clemente de Diego; en sentido objetivo, es el conjunto de reglas que presiden la constitución, existencia y disolución de la familia.

Ejercicio

- 1- Con los aportes conceptuales expresados sobre familia, elabore su propio concepto de familia.
- 2- Señale los elementos que conforman el concepto de familia.

²⁴ Ponencia régimen jurídico de la unión de hecho. Dr. Ulises Pitti, catedrático de la Universidad de Panamá. VII Congreso Mundial sobre derecho de familia. San Salvador, Septiembre, 1992.

2. ¿Cuál ha sido la evolución histórica de la familia?

En Roma, la familia se caracterizaba por un régimen de tipo patriarcal, en donde existía una sola persona "SUI JURIS": el paterfamilias y una serie de sujetos dependientes de él, denominados "ALIENI JURIS", encontraba su fundamento principal en la idea del poder en el sentido más amplio, detentado por una sola persona denominado paterfamilias quien era, el único titular de derechos, su poder sobre los miembros de la domus era originalmente absoluto, era el monarca doméstico y el sacerdote del hogar y todos los demás miembros de la familia dependían y participaban de la vida jurídica sólo a través de él. Podía excluir a sus descendientes por medio de la adopción.

En cuanto al fundamento de la familia civil, encontramos que el concepto de parentesco agnaticio, consistía en el vínculo de unión de los miembros de una familia a través de la autoridad paternal o marital (patria potestad o manus).

El antiguo Derecho Civil Romano, cimentaba la familia sobre este sistema que reconocía el parentesco exclusivamente por línea paterna por lo que se establecía y transmitía por vía de los varones. Hay que poner también entre los agnados a la mujer inhumanu que era loco filiae, es decir que ocupaba el lugar de hija.

El hijo era pariente de su padre y de sus hermanos, pero no lo era en cuanto a su madre, salvo cuando ésta hubiese entrado a la potestad de su marido por la manus. Pero si su madre no estaba bajo la manus de su marido, se consideraba como parte de su domus original y, en este caso, no se reconocía liga de parentesco alguno.

Para el cómputo de los grados de parentesco es necesario analizar las dos corrientes doctrinarias: Civil y canónica pues de este estudio se desprende la técnica para la determinación del parentesco y con el propósito de tener una clara panorámica de lo regulado por el Derecho antiguo en esta materia.

¿Qué nombres usamos para identificarnos?

Los términos de parentesco se utilizan en dos contextos distintos: para el tratamiento y para la referencia. Es decir, sirven tanto para dirigirse a un pariente como designarlo cuando se habla de él. La referencia pertenece al aspecto formal del lenguaje en su faceta de corpus o incluso de repertorio; el tratamiento, por el contrario, responde al enunciado, al ejercicio del discurso, al diálogo (Benveniste, 1974). Con frecuencia existe un desfase entre ambos usos que permiten detectar indicios y señales referentes a las relaciones de parentesco. En nuestra cultura, los padres se refieren a sus hijos por medio de los términos de parentesco "hijos" o "hijas", pero cuando se dirigen a ellos utilizan sus nombres. En cambio, los hijos suelen utilizar un término de parentesco con respecto a sus padres y no sus nombres. Este rasgo puede parecer fútil; sin embargo, nos permite deducir que, en nuestra cultura, las relaciones padres/hijos son aritméticas, deducción que ciertamente, habrá que poner en relación con otras observaciones sobre las instituciones, los comportamientos, las prácticas sociales o el conjunto de nuestras "formas de hablar" con respecto a las demás categorías de parientes.

En este sentido, el estudio de los nombres personales constituye el complemento indispensable de la investigación de los términos de parentesco. Como éstos, los nombres están sometidos a este doble uso, al igual que éstos denotan relaciones de parentesco y constituyen señaladores genealógicos.

En Francia, el recién nacido recibe un patrimonio significativamente denominado "nom de famille", que no es otro que el apellido del padre o el de la madre si el niño ha nacido fuera del matrimonio. El apellido inscribe de golpe al niño en el seno de un grupo de filiación, de un segmento de linaje, el paterno. El niño nacido de padre y madre desconocidos no recibe un "apellido".

Por lo que se refiere a nuestros nombres, su transmisión a veces obedece a reglas tan rigurosas que permiten apreciar rasgos muy significativos de nuestra realidad social. Así, la costumbre de dar al primer hijo del primogénito el nombre de su abuelo paterno expresa la importancia que nuestra cultura otorga a ambas posiciones genealógicas, lo cual se ve corroborar por las numerosas costumbres populares que asocian al abuelo y al nieto, a quienes se ve actuar juntos en muchas circunstancias (Van Gennep, 1909). **Ejemplo:** Orlando-abuelo, Orlando- hijo, Orlando- nieto.

¿ El parentesco refiere unas conductas para saber vivir?

El parentesco no se expresa solamente por medio de términos; también entraña un código que rige las actitudes que debe adoptar cada persona con respecto a un pariente. Ciertamente en las sociedades contemporáneas, en la que el parentesco ya no constituye el principal medio de ordenar las conductas y en las que los efectos de las variaciones psicológicas interfieren a la hora de explicar los comportamientos frente a los parientes, se comprende con dificultad que en otras partes las cosas puedan ser de otro modo. Ahora bien, hay pueblos en los que la totalidad de las conductas entre consanguíneos y aliados se encuentran totalmente codificados, en la mayoría de las familias de nuestro país aún se conservan ciertos códigos que orientan la conducta a seguir entre parientes y varía según el grado y relación entre ellos.

En el Derecho Romano encontramos, desde sus comienzos, un sistema estrictamente patriarcal; sólo el parentesco por línea paterna cuenta en derecho. A consecuencia de ello, cada persona tiene solamente dos abuelos: los paternos. Dos hermanos uterinos no son "hermanos"; en cambio, los hermanos consanguíneos no se distinguen jurídicamente de los hermanos por ambas líneas, etc.

Este sistema se llama agnaticio.²⁵ El moderno, en cambio, no es ni matriarcal ni agnaticio, sino que es cognaticio, es decir, reconoce el parentesco, tanto por línea materna como paterna, y da como resultado la familia mixta.

La historia jurídica romana nos muestra el desarrollo desde la estricta agnación original hasta la cognación del derecho justiniano.

En materia de parentesco distinguimos las siguientes posibilidades:

- a. Parentesco en línea recta ascendente (parentes) o descendente (liberi).
- b. Parentesco en línea colateral (a través de hermanos propios o de hermanos de ascendientes o descendientes).
- c. Parentesco entre afines, es decir, entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro. Si este último parentesco se extinguía, al disolverse el matrimonio en que se fundaba, es cuestión que se presta a controversia.²⁶

²⁵ Gayo, III. 10

²⁶ D. 3.1. 2.1. vs. Inst. I. 10 6.

En cuanto a la computación de grados, en materia de parentesco,²⁷ resulta la regla: quot generationes, tot gradus, o sea, hay tantos grados como generaciones. Para aplicar ésta al parentesco colateral, hay que subir al tronco común, de modo que los hermanos son parientes colaterales en segundo grado; los tíos y sobrino, en tercer grado; los primos entre sí son parientes en cuarto grado, etc.²⁸

Además de este carácter agnaticio, encontramos, como segundo rasgo típico de la familia romana antigua, un vasto poder del padre sobre sus hijos y los demás miembros del hogar. La extensa patria potestad romana sólo termina con la muerte del padre, salvo excepciones, que estudiaremos pronto. Así, pues no se extingue, como en el derecho moderno, cuando los hijos llegan a cierta edad.

3. ¿ De dónde surge el término parentesco. Sus clases o tipos, líneas y grados

Las palabra parentesco viene del Latín parentatus, parients, pariente. Es el vínculo familiar primario, entre la pareja humana en razón de relaciones sexuales permanentes que se establecen. De éstas surge la procreación, los hijos, descendientes y consecuentemente, la filiación o parentesco más cercano entre padre e hijo.

Posteriormente, el concepto de familia sufrió una serie de adecuaciones como consecuencia de las influencias ejercidas por fenómenos económicos, políticos y sociales. Al evolucionar la familia antigua, políticamente fundamentada en la soberanía del paterfamilias a través de la agnación, por la de familia consanguínea o cognaticia, basada en el vínculo de sangre y unida a los descendientes por un tronco común, es decir, la que reconocía el parentesco tanto por línea paterna como materna.

Recordemos que **en el Derecho Romano**, ya en el Digesto encontramos un concepto de familia de carácter natural, definiéndola como el conjunto de personas vinculadas por la sangre, vale decir, las que tenían una ascendencia común.

Esta forma de parentesco no introducía a nadie en la familia ni otorgaba ningún derecho; pues el Derecho Civil sólo se ocupaba de ella en forma muy reducida (sólo en materia de impedimentos matrimoniales) y no es sino hasta que el Derecho pretorio la empezó a tomar en cuenta y que acabó consolidándola en el Derecho Justiniano. En este amplio registro histórico, la familia estaba compuesta de:

- 1). Parientes en línea recta, ascendiente y descendientes.
- 2). En línea colateral, hermanos propios o hermanos de ascendientes o

²⁷ Inst. III. 6 1 y siguientes

²⁸ En el cómputo de los grados en el parentesco colateral, según el derecho canónico, hay que contar las generaciones hasta el tronco común, desde la persona más remota de este tronco, de las dos en cuestión.

4. ¿Cómo se determinaba el grado de afinidad o parentesco?

Por lo que se refiere a la afinidad, ésta que consistía en la relación que existe entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro, los autores no se han puesto de acuerdo sobre su naturaleza pues algunos la consideran distinta del parentesco.

La afinidad se podía determinar para función de la Cognación por cuanto eran su propia sangre, **pero también podían ser relaciones** serviles por cuanto seguían en la condición de siervos.

En cuanto al grado de parentesco por ambas líneas éste se determina haciendo el cómputo de las generaciones, aplicándose la regla "quot generationes tot gradus"; esto quiere decir que había tantos grados como generaciones. Algunos lo determinan así:

- a. Entre ascendientes y descendientes se encuentran las generaciones desde el uno hasta el otro; **ejemplo** entre padres e hijos el grado es una generación (parentesco de primer grado), entre abuelo y nieto dos generaciones (parentesco en segundo grado), etc.
- b. Entre colaterales se encontraban partiendo de un tronco común, de modo que los hermanos son parientes colaterales en segundo grado, los tíos y los sobrinos en tercer grado, los primos carnales en cuarto grado, etc.

Aparte del grupo familiar, los textos antiguos hablaban de otra modalidad de parentesco de agrupación civil denominada gens (de la que se tiene una noción confusa) y cuyos miembros eran los gentiles, título de nobleza que certificaba la antigüedad e ingenuidad de la raza.

En Roma, de las diversas formas de parentesco que existían, se destacaban la agnación y la gentilidad de Derecho quirritario, dependientes del vínculo de poder paterno o marital o vínculo de patronato de cliente o emancipados; la cognatio de tipo natural, fundada en el vínculo de sangre y la afinidad, que no producían ningún efecto; y también la cognatio servilis respecto de siervos de nulas consecuencias jurídicas.

A fin de observar como han venido desarrollándose los conceptos y contenidos del parentesco, se ofrece lo siguiente:

Parentesco

Para Guillermo Cabanellas, es la relación recíproca entre las personas, provenientes de la consanguinidad, afinidad, adopción o la administración de algunos sacramentos.

El vínculo jurídico que liga a varias personas entre sí, bien por proceder unas de otras, o bien por creación de la Ley; o como lo establece nuestro Código Civil en el Título Preliminar del párrafo IV capítulo XVIII, como "el vínculo que une a las personas descendientes de una misma estirpe. La Ley no reconoce este vínculo más allá del sexto grado."

En síntesis, parentesco es la relación jurídica que se establece entre los sujetos ligados por la consanguinidad, la afinidad o la adopción.

¿Cuáles son los tipos de parentesco?

Doctrinalmente el parentesco se clasifica, tal como lo señala el Código Civil mexicano, en sus Artos. 292 al 300, en tres clases o tipos:

1). **Por consanguinidad**

Llamado también natural, porque se basa en la naturaleza, es la relación de sangre existente entre personas que descienden las unas de las otras o de un tronco común.

El parentesco de consanguinidad es bilateral si procede del mismo padre y de la misma madre. Por el origen el parentesco puede ser por cognación o por agnación.

La cognación o parentesco por ambas líneas, es decir, por la materna o por la paterna, es el que existe entre las personas unidas entre sí por el nacimiento y la procreación. **Ejemplo:** abuelo- padre- nieto/a; abuela-madre-nieta /o

El parentesco cognativo está basado en la comunidad de sangre, siendo su origen natural no jurídico no pudiendo crearse, por lo tanto, artificialmente.

Ejemplo de agnación. Para el parentesco agnaticio dos hermanos uterinos no son "hermanos"; en cambio, los hermanos consanguíneos no se distinguen jurídicamente de los hermanos por ambas líneas, etc. Es decir que los hijos de una misma mujer, no se les consideraba hermanos entre sí, pues el parentesco estaba dado en relación con el padre.

2). **Por afinidad**

Denominado también parentesco legal, por ser una creación del legislador, es aquel que existe entre una persona que ha conocido carnalmente a otra y los consanguíneos de éste. Desde el punto de vistas jurídico, no existe parentesco recíproco entre los que son simplemente consanguíneos de cada uno de los cónyuges, los llamados consuegros, concuñados, etc.,

Advirtamos sí, que entre los que tuvieron las relaciones sexuales por este sólo hecho, no existe parentesco de ninguna especie.

De aquí se sigue que los parientes afines de uno de los consortes, permanece enteramente extrañado a los parientes consanguíneos del mismo porque la afinidad no produce afinidad. De este modo los consuegros, lo mismo que los cuñados, o sea los hermanos de un cónyuge respecto de los hermanos del otro no son parientes afines entre sí.

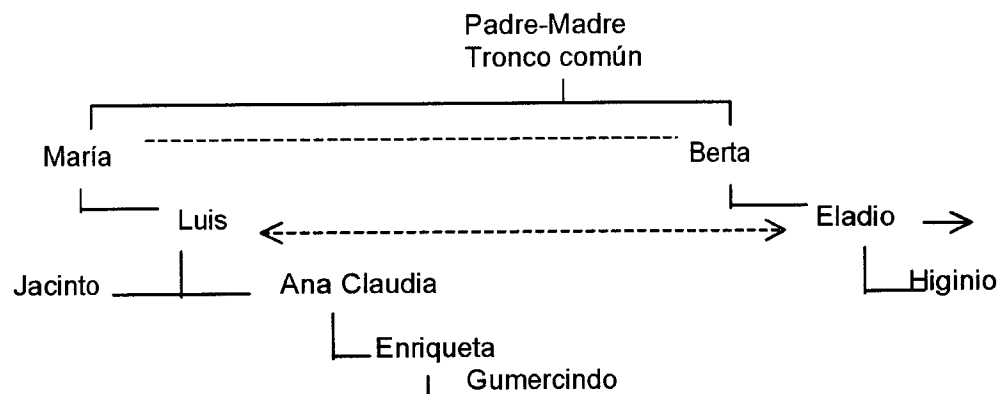
3). **El parentesco civil**

Es aquel que nace por la relación jurídica de la adopción: Se distinguen dos clases de pariente que, para mayor claridad, se acostumbra distribuir en dos series de grado que componen dos líneas. Línea es por lo mismo, la serie de parientes. Se distinguen dos clases de ella; "directa y colateral".

En la directa, llamada también ascendente o descendente, están los progenitores y sus descendientes, así tenemos: Abuelos, Padres, Hijos, Nietos, Bisnietos y en la Colateral llamada también "transversal", se cuentan los que vienen de un mismo tronco, pero que no descienden unos de otros como ocurre con los hermanos entre sí; se refiere a los tíos con los sobrinos. (ver gráfica pág. 109)

Para el cómputo de los grados que permitan determinar el parentesco, se utilizan dos sistemas: el civil y el canónico.

Tratándose de parientes que figuran en la línea directa, ambos sistemas, son coincidentes, no así cuando se trata de la línea colateral, pues el civil hace el cómputo de los grados en ambas ramas, mientras el canónico, sólo en una. **Ejemplo:**



En la afinidad el cómputo de grados se practica del mismo modo que en el consanguíneo y de acuerdo a la distribución de línea directa o recta y colateral. Este vínculo no desaparece por la disolución del matrimonio, sino que persiste hasta la muerte de las personas entre quienes se extendía.

Para la legislación nicaragüense, tal como fue señalado, se reconoce dos tipos de parentesco: Título Preliminar artos XVIII al XXV del Código Civil.

El de la **consanguinidad** que incluye al adoptado y la afinidad, con similares características a las previstas por la legislación mexicana, ya comentada. Sin embargo es necesario destacar que el Código Civil Nicaragüense al igual que el Español y Argentino, admiten hasta el sexto grado de parentesco.

Es importante para la mejor comprensión del tema, distinguir las siguientes definiciones o acepciones:

- Tronco, raíz común o estirpe: Persona, hombre o mujer, de las que descendemos, como raíz común, por generación carnal.
- Grado: Es la distancia que media entre una generación y otra, dentro de la misma línea, sea esta línea directa o transversal.
- Línea: Serie ordenada de personas que proceden de un mismo tronco o raíz común. Puede ser recta ascendente o descendente, cuando unas descienden de otras.

Ejemplo: Mi madre y yo, descendemos de una misma estirpe, y transversal o colateral, cuando tienen una raíz o estirpe común y no descienden unas de otras. Ejemplo: mi hermano y yo, ambos descendemos de una raíz común, pero no uno de otro, entonces la línea transversal.

Por ilustración es necesario señalar que han existido otros tipos de parentesco entre los que vale destacar como fuentes del parentesco: el matrimonio, la unión de hecho estable, la filiación y la adopción como una forma de crear filiación. En consecuencia, surgen derecho y obligaciones que permiten a las personas vinculadas por el parentesco, cumplir con disposiciones particulares en materia de alimentos, Ley 143 Arto. 6: sucesión y tutela para ejemplificar.

5. Efectos del Parentesco

Como efectos del parentesco tenemos: Abstenerse de hacer determinadas cosas o actos por las mismas razones, así en el derecho constitucional, administrativo, procesal, civil y otros existen limitaciones para el ejercicio de determinados actos o el desempeño de cargos. Igual sucede en el derecho penal, en donde el parentesco entre víctima y victimario da lugar a agravantes o atenuantes de la responsabilidad criminal.

Ejemplos en nuestra legislación encontramos en las disposiciones siguientes:

Ley de Contrataciones administrativas. Prohíbe que se contrate entre hermanos en donde uno de ellos es funcionario público que autoriza las contrataciones y el otro suministra el servicio. Tal conducta es sancionada.

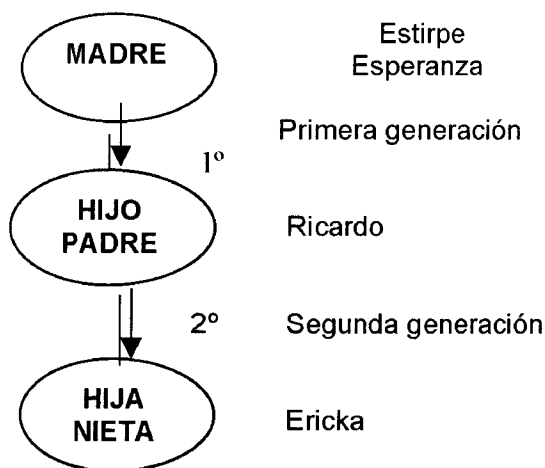
En materia penal los delitos de Parricidio y Violación entres otros, es sancionado de manera severa cuando el autor de delito es el padre o la madre de la víctima. Matrimonio entre hermanos o entre ascendiente y descendiente, en materia civil, según lo previsto en el Arto. 110, inc. 3 del Código Civil.

Fuera del matrimonio, la simple unión carnal es susceptible de producir lazos de afinidad que la ley suele tomar en cuenta sobre todo en los impedimentos matrimoniales. Así vemos que las nupcias según el Arto. 110 inc. 2o C, son legalmente imposibles entre ascendientes y descendientes por afinidad legítima o natural.

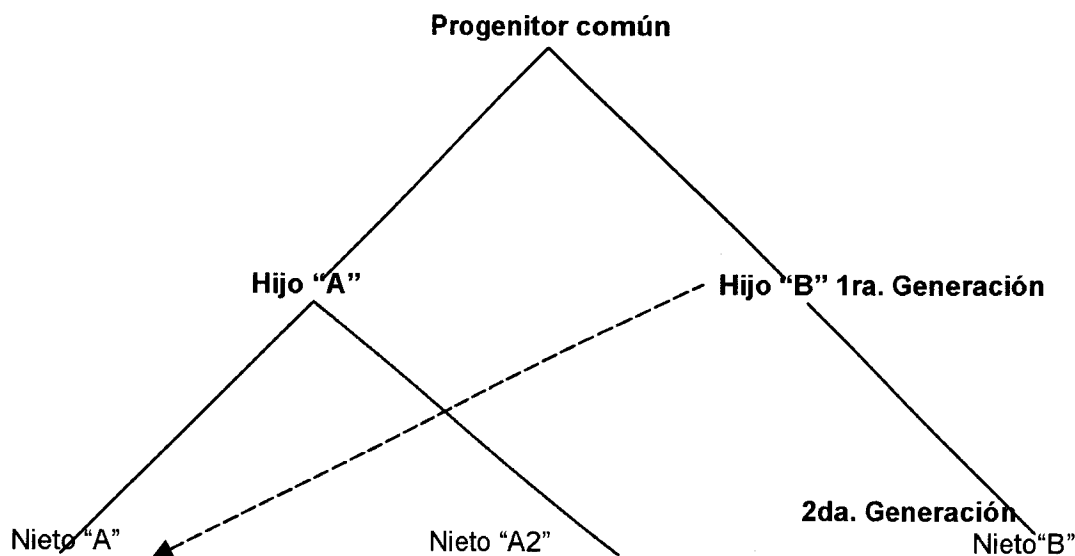
Totémico, uterino, de doble conjunción o doble vínculo, **Ejemplificar:** hijos comunes del padre y la madre, de simple conjunción o un solo vínculo, materno, natural, paterno, entre otros. **Ejemplo:** sólo hija de mi madre o de mi padre. En estos casos el parentesco se determina por separado.

A continuación se presentan dos gráficas que corresponden al parentesco en la línea recta y en la línea colateral para su debido análisis y conclusiones.

REPRESENTACIÓN GRÁFICA DEL PARENTESCO



En la línea recta, Ericka se encuentra en el 2º grado de parentesco consanguíneo descendente, con respecto a Esperanza, quien es la madre de Ricardo y por ende su abuela, de tal manera que tenemos dos generaciones derivadas de la estirpe.

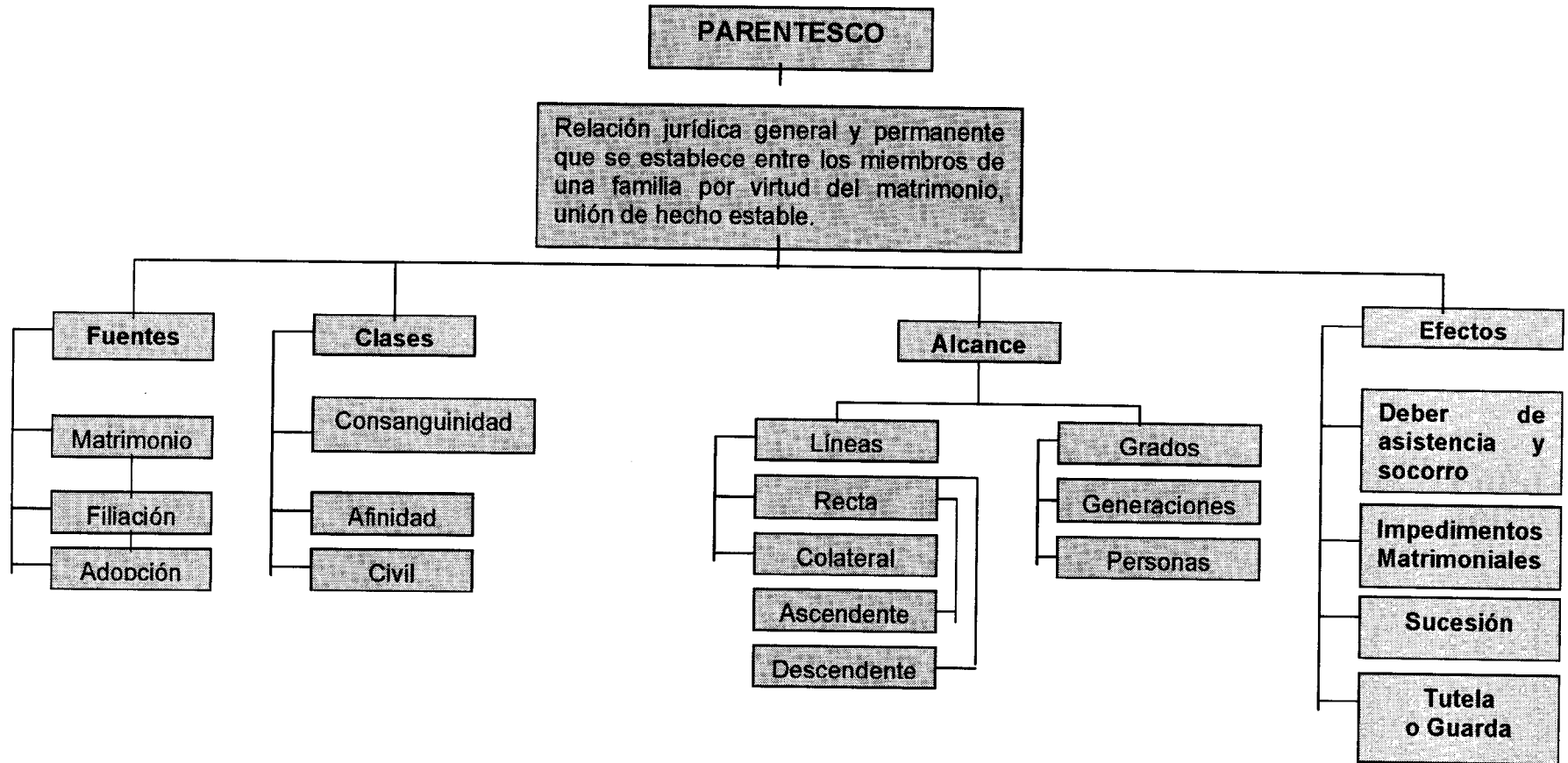


En la línea colateral observamos al progenitor común de A y B, los que a su vez tienen sus propios descendientes. Para determinar el grado de parentesco que une al hijo "B" con el nieto "A", subimos al Progenitor sin incluirlo, tenemos un grado de parentesco y bajamos hasta el nieto "A" donde hay dos generaciones y por tanto dos grados de parentesco para un total del 3er. grado de parentesco consanguíneo.

Como puede apreciarse en las dos gráficas anteriores, ambas recogen una muestra del parentesco en la línea recta, como del parentesco en la línea colateral.

Resumen:

En el siguiente esquema se observa cada uno de los aspectos abordados sobre este tema:



Desde el concepto de parentesco, pasando por las fuentes, clases o tipos, el alcance y los efectos del mismo en la vida de las personas. Los derechos y deberes que nacen del parentesco, así como los impedimentos o prohibiciones.

D. EL REGISTRO DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS

Antes de abordar científicamente el contenido de este tema, recuerde algunas situaciones anecdóticas experimentadas por usted mismo/a o que le han contado sobre el registro del estado civil de las personas. En nuestro país estos casos quedaron en mayor evidencia durante el proceso de cedulação, la mayoría de estos problemas iban desde personas que nunca habían sido inscritas porque entre la población nicaragüense no existía esa cultura de registrar a las personas que nacían, morían o cambiaban su estado civil, fenómeno más agravado en el ámbito rural, hasta personas registradas con datos y situación civil totalmente diferentes de como son conocidas estas personas en el núcleo familiar o comunitario.

Partiendo de la situación cotidiana que enfrentamos, analizaremos en este apartado, las disposiciones relativas al Registro del Estado Civil de las Personas, funcionamiento, importancia, actos inscribibles y la validez de los documentos expedidos por el funcionario a cargo.

1. Iniciemos pues definiendo ¿Qué es el Registro del Estado Civil de las Personas?

El registro del estado civil es un catálogo oficial de las personas, según el ordenamiento jurídico en el que consta de modo auténtico, su existencia o presencia física, - nacimiento-, hasta su desaparición física fallecimiento o muerte y estado civil.

Es una institución del Derecho de Familia en donde se asientan con individual particularización, los principales hechos relativos al ser humano, así: nacimiento, matrimonio, muerte y otras circunstancias o actos de importancia que le conciernan.

Esta institución se rige por la ley reglamentaria del estado civil, la que fue publicada en Nicaragua, el 22 de febrero del año 1899, posteriormente se dieron algunas reformas en los años: 1904, 1906, 1916 y 1924.

Se distinguen tres tipos de registros, por su ámbito de competencia pueden ser:

- a. Municipales.- Según nuestra disposición (Artos. 501 y 502 C.), debe existir una Oficina del Registro Civil en cada ciudad, villa y pueblo de la República, la que estará a cargo de un funcionario nombrado por la Municipalidad.
- b. Consulares.- A cargo de los cónsules y vice-cónsules, en el término de su jurisdicción y referente a los residentes o transeúntes nicaragüenses en el exterior.
- c. Hospitalarios. Desde el 29 de agosto de 1997, el Consejo Supremo Electoral, suscribió con el Programa de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), las bases del Acuerdo de Trabajo, relativo a la participación de los demás poderes del Estado, para hacer realidad la inscripción de las niñas de Nicaragua, es decir, de la existencia legal de que trata el Código Civil en su Arto. 5 lo que es igual al proceso de inscripción de los nacimientos en el Registro del Estado Civil de las Personas y por ende lograr la adecuación jurídica necesaria como consecuencia de tal acuerdo hoy día se puede hablar de la existencia de un nuevo tipo de registro, el Registro Hospitalario.

Los representantes de los Poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial y la Alcaldía de Managua, son testigos de honor en la firma del acuerdo referido. Es así que el Instituto Nicaragüense de Fomento Municipal (INIFOM), a través de la iniciativa de Alcaldes Amigos de la Niñez y el Ministerio de Salud (MINSA) expresaron su voluntad de colaborar, inscribiendo de manera directa los nacimientos en los mismos centros en donde ocurran. A la fecha en la capital, se registran los nacimientos del Hospital de la Mujer Berta Calderón, Carlos Marx, Vélez Paíz, Masaya, León, Chinandega, Estelí, Matagalpa, Jinotega, Bluefields, Ocotal, en donde existe una ventanilla para tal fin.

El acuerdo es resultado preciso, del derecho a un nombre y a una nacionalidad que asiste a todas las personas por igual y en el caso de la niñez, está reconocido por el Arto. 7 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que dice: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho; desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos". Este derecho ha sido retomado en el Arto. 13 del Código de la Niñez y Adolescencia, aprobado el 24 de marzo de 1998, por la Asamblea Nacional, el cual se encuentra vigente desde el mes de noviembre del mismo año.

2. ¿Cuál es el contenido de los registros?

El registro de los libros está constituido por asientos, conforme los folios o formularios correspondientes, éste debe hacerse sin abreviaturas, raspaduras ni números, sin insertar nada que les sea extraño y firmadas por los interesados (Arto. 509 C.)

La legislación regula los siguientes tipos de asientos:

- a. Inscripciones, pueden ser principales y marginales. En el primer caso, encontramos, los nacimientos, matrimonio, defunción y la primera de cada tutela o representación legal. Son marginales, todas aquellas inscripciones a las que la ley les confiere tal categoría, **ejemplo** de marginales, la inscripción de una sentencia de divorcio al margen de libro de registro de matrimonios.
- b. Anotaciones, éstas son asientos que no hacen fe de los hechos en ellos constatados, sino que tienen un valor puramente informativo, **ejemplo**: citar el procedimiento judicial, algo que no puede ser objeto de inscripción, etc.
- c. Notas marginales o de referencia, son asientos que sirven para relacionar a los demás entre sí. **Ejemplo**: al margen de la inscripción del nacimiento, se pondrá nota de referencia a los matrimonios, tutela, representación o defunción del nacido. En éstas, se hace constar a su vez, referencia a la de nacimiento.
- d. Cancelaciones, su finalidad es declarar la nulidad total o parcial de otros a los que sustituyen. Su causa puede ser la ineficacia del acto inscrito, la inexactitud del contenido del asiento, o el traslado de la inscripción.
- e. Indicaciones o referencias, figuran al margen de la inscripción de nacimiento podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos, que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal. Por **ejemplo**: Estado civil de una persona.

Conforme los Artos. 499, 500 y 564 C., el estado civil, no es más que un atributo de la persona, en cuanto le confiere o impone determinados derechos y obligaciones civiles. Calidad que deberá constar en el Registro del Estado Civil cuyas actas serán la prueba del respectivo estado.

Si bien las inscripciones del registro constituyen la prueba apropiada y eficaz para la justificación de los actos o hechos que en él deben figurar, pues es un medio de prueba privilegiado, en el sentido de que sólo en supuestos taxativos se admiten otros. Es decir, son títulos declaratorios del correspondiente estado civil de las personas.

En caso de omisión de inscripción, cuando no haya existido registro, o se haya perdido o inutilizado, etc., la ley permite la comprobación del correspondiente estado civil mediante las llamadas pruebas supletorias que pueden consistir en declaraciones de testigos o documentos.

Las partidas extendidas de los libros o registros parroquiales podrán constituir medios justificativos del estado civil siempre que el acto de que se trate se refiera a una fecha anterior a la puesta en vigencia de la ley del registro civil, Arto. 568 C

3. ¿Qué es el acta o asiento de inscripción?

Es la inscripción propiamente de un hecho vital, bien puede ser un nacimiento, defunción o matrimonio, etc.

Desde el año 1879 hasta el año 1971 las actas o asientos de inscripción se hacían según el grado de instrucción del registrador y se puede observar en muchos municipios donde el registrador era el juez de mesa, las actas se levantaban, según sus propios conocimientos e intereses, figuraban por ejemplo: de que religión era el declarante, el número de hijos que había tenido, la raza de la persona, el barrio o comarca, donde había nacido, etc. Pero desde el año 1972 se diseñó un tipo de acta pre-impreso que se suministra a todos los registros del país para llevar uniforme la información.

Ejercicio

Resuelva el siguiente ejercicio: Lissette nació el 1 de julio del año 1991, sus padres no la inscribieron porque el papá viajó a Dinamarca y la mamá se puso enferma en esos días. Indique qué puede hacer esta joven para obtener una certificación de su nacimiento en el Registro del Estado Civil de las Personas.

4. ¿Cuáles son los actos que se inscriben?

La institución del Registro del Estado Civil de las Personas, en orden a los hechos o circunstancias que determinan o afectan el estado civil de una persona, comprende los registros siguientes:

a. Nacimiento

Es el hecho vital que determina la personalidad civil del individuo al nacer, existiendo natural y civilmente la que se extingue con la muerte de la persona.

De conformidad con el Arto. 27 de la Constitución Política de 1987 y Ley del 18 de noviembre de 1970, reformativa del Arto. 517 C., en ningún caso podrá asentarse una partida en que se le dé al nacido, el calificativo de ilegítimo u otro alguno, decreto 1743 G.D.O. 263/1970.

El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción."

b. Matrimonio

El Código Civil establece que es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen por toda la vida. Sin embargo, es importante destacar el nuevo concepto que sobre el matrimonio ofrece la Constitución Política en su Arto.- 72, " El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado, descansan en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer y podrán disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La ley regulará esta materia."

La Ley No. 38 del 28 de Abril de 1988, a tono con lo dispuesto en la carta fundamental expresa que éste se puede disolver por voluntad de uno de los cónyuges.

c. Legitimación

Regula el cambio de la situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio, en virtud de la celebración posterior de éste por quienes lo engendraron. Esta puede ser de la siguiente forma:

- 1). Por legitimación subsiguiente matrimonio, la que hacen en el acto mismo de la celebración y beneficia a los hijos comunes nacidos antes del matrimonio de sus padres.
- 2). La que hacen los padres al presentarse personalmente ante el registrador con la partida de nacimiento del hijo y el acta de matrimonio.
- 3). Por Escritura Pública, otorgada ante Notario.

d. Reconocimiento de hijos e hijas

Establecido en el Arto. 532 C., y es el acto por el cual el hijo o hija habido fuera de la unión matrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente, o por sólo uno de ellos. Este reconocimiento debe hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en instrumento público otorgado ante Notario. El hijo mayor de edad no podrá ser reconocido si no expresare su consentimiento.

e. Emancipación

Se consigna en los Artos. 534 al 536 C., mediante este acto jurídico se habilita al menor para regir su persona y bienes, como si fuera mayor de edad. Es decir se le libera del poder paterno o materno, o de la tutela de un menor de edad. Esta puede darse una vez que el o la menor haya cumplido 18 años y de las formas siguientes:

- 1). Voluntaria, la que proviene del padre y la madre debidamente expresada ante un notario.
- 2). Por matrimonio, opera una vez que el menor contrae matrimonio. Si al unirse en matrimonio el menor no ha cumplido los 18 años, ésta surtirá sus efectos hasta que alcance esa edad.

f. Declaración de mayoría de edad

Se obtiene mediante sentencia dictada por el Juez Civil del Distrito a solicitud del menor en contra de sus padres o de las personas que tengan la administración de sus bienes, la que le faculta como si fuese mayor de edad, antes de cumplir los 21 años que según el Arto. 278 C., es la mayor edad.

g. Disolución del vínculo matrimonial

Según la ley 38, Ley de disolución del vínculo matrimonial por voluntad de una de las partes del 28 de Abril de 1988, cabe su disolución por:

- 1). Muerte de uno de los cónyuges
- 2). Mutuo consentimiento.
- 3). Voluntad de uno de los cónyuges.
- 4). Sentencia ejecutoriada que declara la nulidad del matrimonio.

En cualesquiera de los casos, es necesario dar cuenta al Registro del Estado Civil de las Personas, por razón de la modificación del estado propio de la persona.

h. Defunción o muerte

Es la desaparición definitiva de todo signo de vida con posterioridad al nacimiento con vida.

i. Adopción

Institución por la que el adoptado entra a formar parte de la familia del adoptante, para todos los vínculos jurídicos y de parentesco que ligan a los padres con los hijos, estableciéndose en interés exclusivo del desarrollo integral del menor, según lo establece el Arto. 1 del Decreto 862 Ley de Adopción, Gaceta 259 del 14 de Noviembre de 1981, y en tal sentido, cabe la inscripción de la sentencia para que el adoptado, pueda ser inscrito como hijo de los adoptantes.

j. Rectificación, acción y efecto de enmendar los errores que figuren en los registros.

Esta rectificación es posible sólo mediante sentencia dictada por un Juez del Distrito de lo Civil, o bien autorizada ante Notario en ejercicio por más de diez años, según Ley que le da mayor utilidad a la institución del Notariado.

Pueden ser objeto de rectificación: nacimientos, defunciones, matrimonios, reposiciones, etc.

k. Reposición de partida

Es la resolución dictada por un Juez que ordena se reponga la partida de una persona, por no haber sido encontrado su asiento registral, ya sea por destrucción de los libros, pérdida de folio u omisión involuntaria.

l. Nulidad del matrimonio

Esta resulta de sentencia judicial que ordena la cancelación de un matrimonio que se celebró, a pesar de la existencia de impedimentos que prohíben su celebración.

m. Nota marginal a las inscripciones

Este aspecto ha sido señalado con anterioridad, pero vale mencionar que es un asiento u observación que se hace a la par de la inscripción original del asentado por haber surgido alguna modificación, agregación o anulación.

5. ¿ Qué se debe marginar o razonar en los libros?

Rectificaciones reconocimientos, legitimaciones, emancipaciones, declaraciones de mayoría de edad, discernimiento de guarda o tutela que será mencionado en la siguiente unidad, nulidad de matrimonio, declaración de ausencia, interdicción civil, defunciones, matrimonios, nulidad de reposición, nulidad de nacimiento por adopción, posesión notoria, perpetua memoria. Estas figuras que se dan en el territorio nacional también se presentan en el extranjero.

Para concluir este apartado, interesa saber que es:

- a. Tomo, libro que se abre cada año para efecto de registrar hechos vitales que ocurren y que llegan a inscribirse a las oficinas del registro civil. Abriéndose un libro para cada figura jurídica, nacimiento, defunción, matrimonio, etc. en su interior constan de actas de apertura, folios, actas de partidas y acta de cierre.
- b. Folio, son las hojas pre-impresas en ambos lados que conforman el tomo, donde están contenidas las respectivas actas, estas hojas llevan numeración consecutiva hasta concluir el año. En la segunda acta o sea las pre-impresas es más fácil sacar la información, pues con lo poco de práctica veremos donde están los datos que buscamos.

Ejemplos: Primero copiaremos: El Folio, luego el Tomo y por último el Número del Acta o Asiento.

Ejercicio

Folio 230 Tomo III Acta No.892
Nombre: Juana de la Cruz Téllez Flores
Nacida en Managua el día quince de septiembre de 1935.
Padre: Leonidas Téllez
Madre: Juana Francisca Flores

En el nacimiento, copiaremos el nombre de la persona con sus dos apellidos si los tuviere, la fecha de nacimiento, nombres y apellidos de los padres, lugar y fecha de nacimiento.

En defunción, copiaremos (No. de folio, Tomo y No. de acta), nombre y apellidos del difunto, lugar y fecha de defunción, padres del difunto.

Matrimonio, copiaremos nombre y apellidos del cónyuge, oficios de los contrayentes, nacionalidad de los cónyuges, lugar y fecha de matrimonio,

Disolución del matrimonio, copiaremos nombres y apellidos de los divorciados, lugar y fecha de la sentencia de disolución del matrimonio, nombre del juzgado, fecha de inscripción de la sentencia de disolución del vínculo.

En la rectificación, copiaremos nombre y apellidos de las personas a quienes le ha sido rectificada o corregida su acta, lugar y fecha de la sentencia de rectificación, nombre del juzgado.

Resumen final

En esta primera Unidad Autoformativa, se abordó lo relativo a las personas, tanto naturales como jurídicas y sin fines de lucro, la personalidad, los derechos y atributos de la personalidad, así como al parentesco y el registro del estado civil de las personas y sus implicaciones.

Actividad de autoaprendizaje No. 2

1. Identifico los elementos o características del parentesco.
2. Elaboro un gráfico en el que se observa las líneas de parentesco por consanguinidad y afinidad en su propia familia.
3. Comento, porqué se dice que el grado de parentesco define, de alguna manera, la conducta entre los parientes
4. Qué entiendo por Parentesco? Explico de manera gráfica el parentesco, tipo y grado que existe entre la señora Trinidad del Socorro Vargas y don Enrique José Carazo, quien es el suegro de su nieta Alejandra.
5. Analizo el siguiente caso: Doña Juana María Plazaola, estuvo casada con Don Enrique José Meléndez con quien procreó dos hijos. De manera gráfica señale el tipo de parentesco y grado que une a sus hijos y a ella, con el hijo de doña Ignacia Meléndez, hermana de Don Enrique José.
6. Respondo a las siguientes preguntas:
 - a ¿Qué tipo de parentesco existe entre la esposa y el esposo?
 - b ¿Qué grado, tipo y clase de parentesco existe entre la prima hermana de su suegra y usted?
7. Explico en cinco líneas qué podemos hacer para inscribir el nacimiento de un niño en el exterior, hijo de padre y madre nicaragüenses
8. Elaboro un esquema sobre los diferentes actos que deben registrarse
9. Reflexiono sobre las afectaciones de carácter jurídico que puede incurrir una persona que no ha sido registrado su nacimiento.
10. Reflexiono y respondo respecto a:
 - a) Importancia del fin de la existencia de las personas
 - b) Los derechos y deberes que subsisten aún después del fallecimiento
 - c) La diferencia entre Muerte Presunta y muerte real
- 11.- Retroalimentación mis respuesta con los aportes que aparecen al final de esta unidad en las páginas 109-110.

Evaluación de la Unidad I

Con el propósito de verificar el nivel de conocimiento alcanzado, respondo las preguntas siguientes:

1. Defina el Derecho Civil y su objeto de estudio.
2. Describa la importancia de las fuentes formales del Derecho para la regulación de la conducta social y sus diferencias con las fuentes formales indirectas.
3. Explique en qué consiste la relación jurídica triangular.
4. Identifique los elementos de una relación jurídica y elabore un ejemplo
5. Defina jurídicamente la ausencia y enuncie los requisitos para declarar la presunción de muerte.
6. Señale la importancia de determinar el fin de la existencia de las personas y sus efectos
7. ¿En qué momento se tiene aptitud para ser sujeto de derecho y obligaciones?
8. ¿Puede una persona en nuestro derecho ser privada de la totalidad de su capacidad jurídica?
9. Señale los casos en los que únicamente la ley permite el cambio de nombre de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico nacional
10. Anote dentro del paréntesis la letra de la opción que mejor complete el siguiente enunciado:

El desconocimiento preciso del momento de la muerte presenta problemas en nuestro Derecho... ()

- a. Porque para efectos sucesorios es indispensable determinar quién murió primero de dos personas que se suceden y que fallecen en el mismo hecho;
 - b. Porque para efectos sucesorios de dos personas que se suceden tiene que crearse una ficción jurídica que permita establecer quién sucede a quién, y
 - c. Porque para efectos sucesorios de personas que se suceden y que fallecen en un mismo acto implica recurrir a la aplicación del principio de muerte simultánea.
- 11.- Retroalimente mis aprendizajes con las respuestas que figuran al final de la unidad en la página 111.

Hoja de respuestas

Prueba Diagnóstica

R/1- Derecho es el ordenamiento jurídico de determinado país, las normas

R/2- Se ha clasificado en Derecho Público y Derecho Privado

R/3- Es el conjunto de normas que regulan la vida y conducta de las personas, dictadas por autoridad competente.

R/4- Son fuentes del derecho: la ley, la costumbre, el uso, la jurisprudencia, los tratados internacionales y los principios generales del derecho.

R/5- Respuesta personal

R/6- De todo tipo, especialmente de derechos y deberes recíprocos entre los distintos miembros de la familia.

R/7- Porque regula las relaciones entre los particulares.

R/8- Bueno, porque al ser miembro de una familia determinada, me permite observar esa realidad práctica.

R/9- Las personas somos los seres humanos con derechos y obligaciones y consecuentemente, con la familia a la cual pertenecemos.

R/10- Respuesta personal.

Actividad de Autoaprendizaje No.1

R/ 1. Las fuentes del derecho son importantes porque permiten la regulación de la conducta social y otras porque poseen carácter supletorio y hacen posible aclarar la obscuridad de una ley o disposición determinada, tales son entre otras: la ley, la costumbre, la analogía, el derecho comparado, los convenios internacionales.

R/ 2. El derecho se divide en Derecho Público y Derecho Privado, hoy se habla también de una tercera rama del derecho, como es el Derecho Social .

R/ 3. Algunas diferencias entre Jurisprudencia y Analogía son: la primera está referida las opiniones de los tribunales de justicia y la segunda es la que permite la búsqueda de normas vigentes en otros códigos del sistema jurídico particular para aplicarla a un caso concreto y entre Jurisprudencia y ley, radica en que la ley es fuente superior y jurisprudencia fuente secundaria, como ya se dejó dicho.

R/ 4.- Respuesta personal, no olvidar en un concepto que: persona es no sólo la física, sino también la jurídica y en ambos casos, poseen derechos y obligaciones.

Al comparar mi concepto con el que nos da el Arto.1 del Código Civil, no encuentro mucha diferencia, ya que persona es todo ser sujeto de derechos y obligaciones y tanto las personas

naturales como las personas jurídicas, poseen derechos y obligaciones con la diferencia que las segundas son creadas por la ley.

R/ 5. Los atributos de la personalidad son: Nombre, Capacidad, Estado, Nacionalidad, Domicilio y Patrimonio.

R/6 La respuesta es personal, pero no olvide que la Constitución Política de Nicaragua, ha reconocido la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por tanto, hace suya la protección de los derechos de hombres y mujeres en todos los ámbitos de su vida

R/7. Su casa en el Barrio “ San Felipe ” de la ciudad de León.

R/ 8.- La anécdota puede ser como ésta: Mi amigo Juan Ernesto Moraga, decidió un día cambiarse el nombre y fue así que todos le empezamos a llamar Miguel, resulta que cuando se iba a bachillerar, le pidieron su partida de nacimiento y tuvo entonces que acudir ante un abogado para que le tramitara el cambio de su nombre por el nuevo que usaba, y se vio obligado a promover un juicio de rectificación del nombre en su partida de nacimiento ante el Juez de Distrito para lo Civil de esta ciudad. Una vez que presentó las pruebas y obtuvo la sentencia, la llevó al Registro del Estado Civil de las Personas para que hicieran la modificación y de esa manera pudo legalizar el nombre que ahora usa, ya que creía que bastaba con borrarlo en el documento (partida de nacimiento). Hoy su nombre es Miguel Moraga y no Juan Ernesto, que es como lo habían inscrito sus padres cuando nació.

R/ 9 Todos mis activos y pasivos, es decir, todos los derechos cuantificables en dinero (efectivo, inversiones, acciones, valores, cuentas bancarias y otros) y mis obligaciones o deudas contraídas. De ahí que la suma del activo y el pasivo, me podrá indicar cuál es el capital disponible que poseo.

R/ 10.

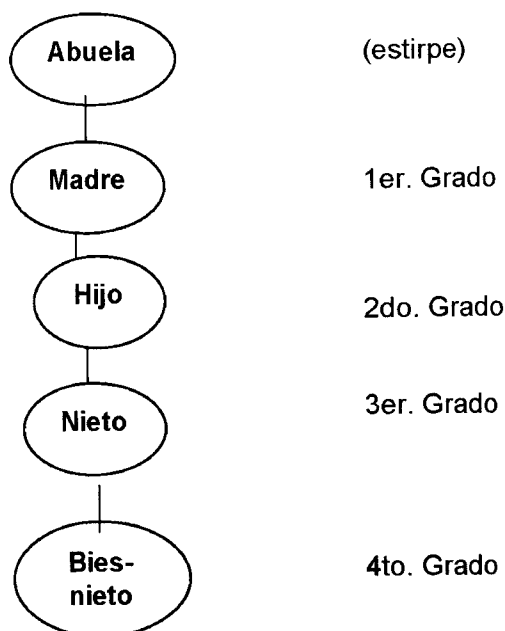
a) Si es Persona Jurídica de carácter mercantil, una vez que se constituye y se inscribe en el Registro Público Mercantil y si es Persona Jurídica sin Fines de Lucro, una vez que lo autoriza la Asamblea Nacional; el Ministerio del Trabajo en el caso de los sindicatos y cooperativas agroindustriales y el Ministerio de Transporte e Infraestructura, en el caso de las cooperativas de transporte

b) Los sindicatos, las cooperativas, las asociaciones, poseen personalidad jurídica.

Actividad de Autoaprendizaje No.2

R/ 1 Las características del parentesco tienen que ver con la familia, con la descendencia o procedencia, con nuestros padres, madres y demás parientes

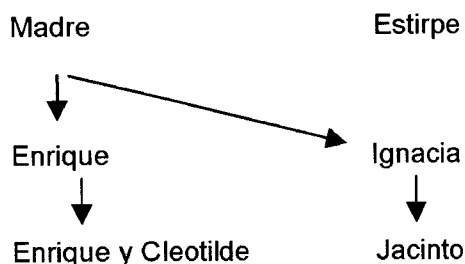
R/ 2 En el siguiente gráfico se observan cinco generaciones para cuatro grados de parentesco consanguíneo en la línea recta descendente



R/ 3 Considero que el grado de parentesco define o influye de manera importante en la conducta de los parientes, porque las familias conservan ciertos códigos que orientan la conducta a seguir entre parientes y ésta varía según el grado y relación que exista entre los mismos.

R/ 4 Parentesco es el vínculo que une a descendientes con ascendientes. No elaboro gráfico en virtud de que entre el señor Carazo y la señora Vargas no existe parentesco alguno entre ellos.

R/ 5 Doña Juana María Plazaola es pariente en segundo grado de afinidad de la hermana de su ex marido y no le une parentesco con el hijo de su cuñada. Sin embargo los hijos de doña Ignacia Meléndez, son primos hermanos de los hijos de la hermana de su ex marido, y por ende parientes consanguíneos. Observe la gráfica:



Es el cuarto grado de parentesco consanguíneo, en la línea colateral.

R/ 6

- No existe ningún tipo de parentesco
- Entre la prima hermana de mi suegra y yo, no existe ningún tipo de parentesco según la ley nicaragüense, ya que sólo se reconocen dos grados de parentesco por afinidad.

R/ 7.- Acudir al consulado Nicaragüense en el exterior y dar aviso de dicho nacimiento acreditando la nacionalidad nicaragüense, dando los datos correspondientes: lugar, día, hora, nombre del nacido, así como el nombre del padre y de la madre. O bien, ir al registro del estado civil de las personas del estado, municipio o departamento donde tuvo lugar el nacimiento, si no hubiere delegación consular.

R/ 8 Actos que se deben registrar:

{ Nacimientos
Matrimonios
Divorcios
Rectificaciones de partidas de nacimiento
Declaratoria de mayoría de edad
Emancipaciones
Defunciones, etc.

R/ 9 Bueno una dificultad sería no poder acreditar el parentesco para demandar alimentos o reclamar una herencia, o bien no poder tramitar una cédula de identidad o un pasaporte.

R/ 10

a) Porque existe una serie de derechos que se extinguen con el fallecimiento de las personas y otros que le sobreviven.

b) Los derechos y deberes que subsisten al fallecimiento de las personas son: el derechos sucesorio, de propiedad, obligación de pagar alimentos, entre otros.

c) La diferencia fundamental es que la presunta se supone, no hay certeza de la muerte, en cambio la real, es la que podemos apreciar cuando una persona ha fallecido y la observamos, es más bien, sobre la que no tenemos duda alguna.

Evaluación de la Unidad I

R/ 1. El Derecho Civil es el conjunto de normas que regulan de manera general a las personas, la familia y la propiedad de los bienes y de las cosas. Siendo su objeto de estudio entonces, las relaciones e las personas, la personalidad, la capacidad, el derecho de la familia, el matrimonio, el divorcio, la adopción, así como el parentesco y la propiedad.

R/ 2. Las fuentes del derecho son importantes porque permiten la regulación de la conducta social y otras porque poseen carácter supletorio y hacen posible aclarar la obscuridad de una ley o disposición determinada, tales son entre otras: la ley, la costumbre, la analogía, el derecho comparado, los convenios internacionales.

R/ 3. Una relación jurídica triangular es aquella en donde intervienen los sujetos, el objeto y la causa de la relación de que se trate.

R/ 4. Los sujetos en una relación jurídica, generalmente son: un acreedor, un deudor y un objeto de la relación. Ejemplo: en un préstamo bancario, tenemos al banco como sujeto acreedor, el usuario, como sujeto deudor y el préstamo o dinero recibido, es el objeto de la relación jurídica.

R/ 5. La no presencia en un lugar determinado sin dejar informe de dónde ha ido, cuando se ignora su paradero. Los requisitos establecidos por la ley: evidencia de la ausencia o desaparición y no comunicación, el transcurso del período de tiempo señalado y haberse decretado la guarda definitiva del mismo.

R/ 6. Porque existe una serie de derechos que se extinguen con el fallecimiento de las personas y otros que le sobreviven. Los derechos y deberes que subsisten al fallecimiento de las personas son: el derechos sucesorio, el derecho de propiedad, la obligación de pagar alimentos, entre otros.

R/ 7. Se tiene aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, una vez que se alcanza la mayoría de edad y no se padece de ninguna incapacidad de las señaladas en los Artos. 7 y 8.

R/ 8. En ningún caso, porque la misma es inherente al ser humano.

R/ 9. cuando hay errores evidentes y se hace por la vía judicial

R/ 10. c)

Glosario

Agnación: Parentesco de consanguinidad entre agnados. Agnado el pariente por consanguinidad, respecto de otro cuando descienden de un tronco común de varón en varón.

Agnatacio: Propio de la agnación o que la implica, lo que viene de varón en varón.

Agravante: En el campo del derecho penal, aumenta la gravedad de una cosa o hecho, agravar un delito. Para determinar delitos, los que atentan contra la vida o la honestidad de las personas. El parentesco en ciertos grados puede constituir también agravante.

Alieni Juris: De derecho ajeno. En derecho romano, el sometido al poder de otro. Eran alieni iuris los esclavos y los hijos y las mujeres en general. Eran los que carecían de capacidad jurídica como de capacidad de obrar.

Analogía: Relación de semejanza entre cosas o ideas distintas cuya aplicación se admite en Derecho para regular mediante un caso previsto en la ley, otro que, siéndolo semejante se ha omitido considerar en aquella.

Animus: Ánimo intención, voluntad.

Atenuante: Que atenúa, que minora o disminuye, en materia penal, la sanción y en ocasiones, eximente.

Capit: Estado. En el derecho romano, el estado civil de la persona libre, del ciudadano y sin iuris.

Cognaticio: Relativo a la cognación

Cognación: Parentesco de consanguinidad por la línea femenina entre los descendientes de un tronco común. Si la descendencia consanguínea es por línea de varón, recibe el nombre de agnación.

Comandita: Se llama Sociedad en Comandita, la que se forma cuando dos o más personas, de las cuales a lo menos una es comerciante. Se reúnen para un objeto comercial, obligándose el uno o unos, como socios solidariamente responsables y permaneciendo el otro u otros, simples suministradores de capital.

Corporal: Relativo al cuerpo a lo visible.

Corpus: Cuerpo, objeto. Cosa u objeto material.

Deferir: Comunicar, delegar parte de la jurisdicción o poder.

Derecho quiritario: Relativo a los quiritos que eran ciudadanos de la Roma primitiva o descendiente de él, que por ello gozaba de innumerables privilegios.

Dispositiva: Que dispone. Parte de un acto legislativo o de una decisión judicial que dispone de forma imperativa.

Enajenar: Transmitir el dominio o propiedad de una cosa. Ceder un derecho.

Establecimiento: Lugar donde se ejerce una industria o profesión, acción y efecto de establecer o establecerse: el establecimiento de nuevas normas.

Estirpe: Raíz o tronco de una familia o linaje.

Eutanasia: Muerte sin sufrimiento físico. Acción de acortar la vida de quien sufriendo una enfermedad incurable, lo solicita.

Ficción: Fingir dar a entender lo que no es cierto o dudar existencia ideal a lo que realmente no lo tiene, "ficción legal", la establecida por ley, son necesarias a efectos de dar solución a situaciones que de otro modo no la tendrían.

Filiación: Subordinación o dependencia que personas o cosas guardan

Guarda: El encargado de conservar o custodiar una cosa. Sinónimo de tutela.

Ibidem: De allí mismo, o en el mismo lugar. Se abrevia *ibid*.

Incorporal: Carente de cuerpo, de materia tangible o forma visible. Dícese de los bienes que no tienen existencia material.

Institu personae: Por razón de la persona o en consideración de ella. Se refiere a las disposiciones o actitudes que se adoptan sin atenerse, estrictamente a derecho o a razón, sino al respeto que alguien merece.

Interdicción civil: Estado de una persona a quien judicialmente se ha declarado incapaz, privándola de ciertos derechos bien por razón de delito o por otra causa prevista en la ley.

Interdicción: Prohibición, vedamiento. Incapacidad civil establecida como

Interdicto: Entredicho, prohibición; mandato de no hacer o de no decir.

Ius Sanguinis: Derecho de la sangre, de la familia o de la patria o de origen. Consiste en el régimen que determina la nacionalidad,

Ius Soli: Derecho del suelo el de la tierra en que se ha nacido.

Juridicidad: Tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en los asuntos políticos y sociales.

Lex fori: Ley del fuero. En los conflictos territoriales de leyes, indica esta expresión que los actos o relaciones deben regirse por la ley del tribunal que haya de conocer en ellos.

Ley loci: Ley del lugar. Régimen territorialista en una relación jurídica.

Orden público: Situación de normalidad en que se mantiene y vive un estado cuando se desarrolla las diversas actividades sin que se produzcan perturbaciones del orden jurídico establecido.

Perpetua: De modo absoluto, eterno, carente de fin en el tiempo. De manera relativa, muy duradero. En lo personal, vitalicio. En alguna institución como los censos, irredimibles, hasta que el legislador resuelve abolir ese fraccionamiento indefinido de la propiedad.

Personae: Persona del derecho romano.

Petente: Quien pide, quien solicita, el peticionario de algo.

(peticionario): Que pierde o solicita cierta cosa.

Presunto (a): Que se cree o supone que es lo que se expresa.

Pupila: Con relación a su tutor, la huérfana menor de edad o sujeta a esa protección jurídica por alguna otra previsión legal.

Quiritario: Relativo a los quirites.

Ratio legis: Razón de la ley o legal. Espíritu del texto de la ley en que regulado expresamente.

Sui Juris: De derecho suyo. Persona que posee plena capacidad jurídica de obrar, que no estaba sometida a ninguna potestad.

Taxativa: Limitado al sentido estricto de la palabra o a determinadas circunstancias. Ley taxativa. Riguroso, literal.

Usufructo: Uso del fruto. Derecho de uso de un bien perteneciente a otro. En general beneficio utilidad, provecho o ventaja que se obtiene.

Usufructuario: Que posee y disfruta de algo, especialmente de un usufructo de algo.

Unidad Autoformativa II
La Familia

Presentación

En los últimos veinticinco años se ha aprobado muchas leyes que pretenden regular problemas de la sociedad actual, tales como la violencia de género, la unión de hecho, los derechos de los niños, niñas y los adolescentes, los derechos de las personas mayores, de las personas discapacitadas, la adopción, la relación madre-padre-hijos o patria potestad, tanto matrimoniales como extramatrimoniales y también se operó una renovación en la normativa que regula las pensiones alimentarias. Asimismo, Nicaragua ha suscrito y ratificado las Convenciones Internacionales relativas a estos temas.

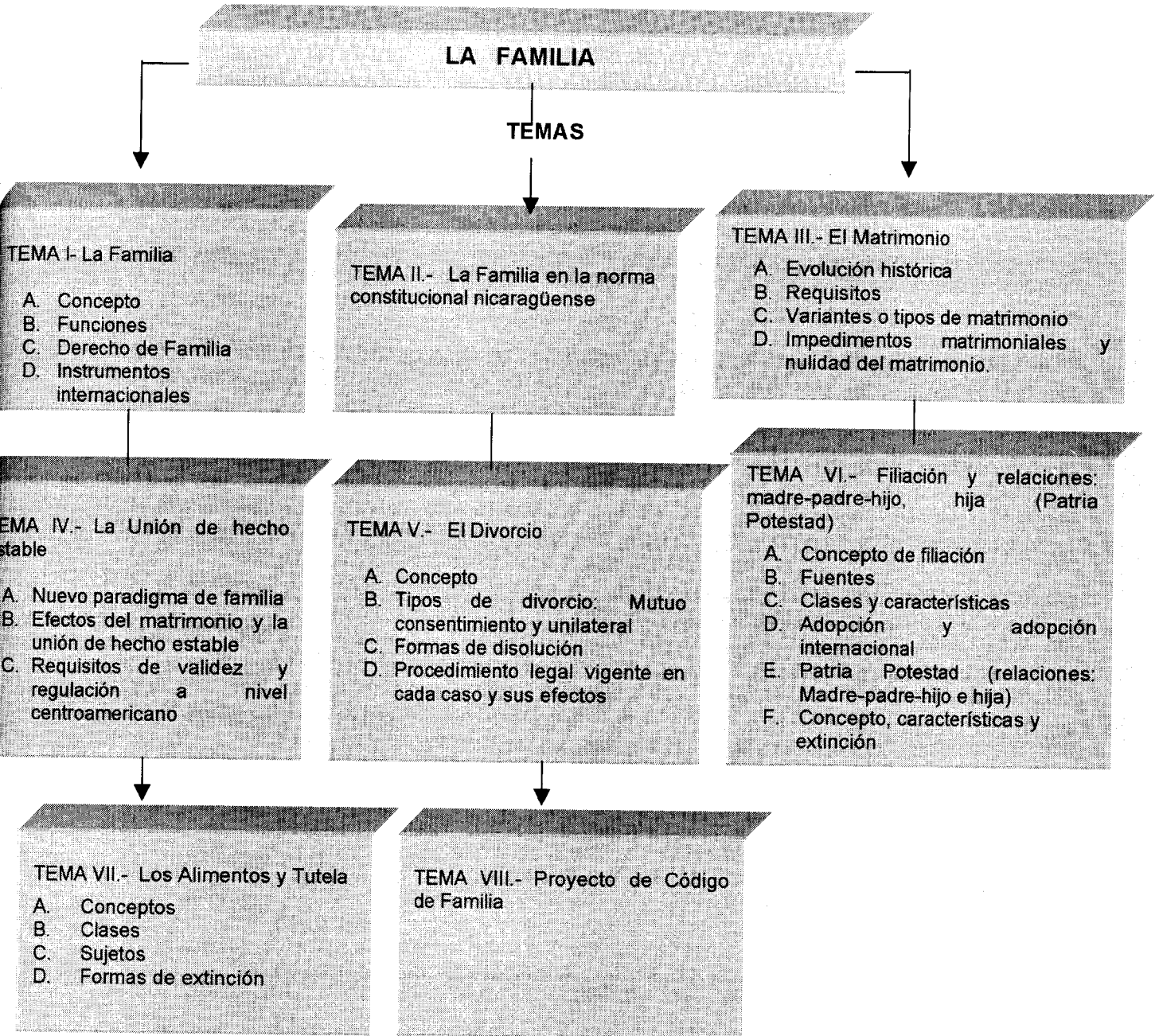
Pues bien, luego de habernos compenetrado del contenido de la Unidad Autoformativa No. 1, que trató de la Introducción al Derecho Civil, en esta oportunidad nos corresponde abordar el tema de la Familia, empezando por el estudio del concepto de derecho de familia, de la familia, de los derechos de familia consignados en la Constitución Política de la República de Nicaragua y de sus diversas instituciones, tales son: el matrimonio, la unión de hecho establece, las formas de disolución del matrimonio, así como la filiación, y dentro de este mismo apartado, lo correspondiente a la adopción, en virtud de que según el derecho nacional ésta es fuente de filiación entre adoptante y adoptado, al igual que se crea parentesco consanguíneo, de las relaciones madre padre, hijos e hijas. Consecuentemente trataremos de los efectos personales como materiales. Seguidamente nos ocuparemos de los alimentos, de la guarda o tutela que corresponde al padre y la madre de los hijos e hijas menores de edad o discapacitados.

Consecuentemente, es necesario mantener una vinculación constante entre el marco regulatorio nacional desde el punto de vista teórico, con la práctica y el diario quehacer de la administración de justicia en esta materia, lo cual hará posible cumplir con los objetivos que nos hemos planteado para el desarrollo de esta segunda unidad autoformativa.

Objetivos

1. Conocer el origen y evolución histórica de la familia y el ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre los miembros de ésta a fin de que interprete de la mejor manera, dicho ordenamiento particular y lo aplique en forma eficiente.
2. Analizar los principios y fundamentos del Derecho familiar, así como su importancia y formas de constituir la familia a fin de prevenir o resolver los conflictos jurídicos que se presentan en las relaciones interpersonales y familiares.
3. Manejar los principios y fundamentos del Derecho Familiar y las formas de constituir familia de manera que pueda explicar el concepto jurídico de matrimonio, determinando los requisitos para su celebración y los efectos jurídicos del mismo a fin de cumplir los derechos y deberes derivados del mismo.
4. Analizar la figura del divorcio como una forma para disolver el vínculo matrimonial, enfatizando lo pertinente de la legislación nacional sobre el divorcio por mutuo consentimiento o por voluntad de una de las partes y sus consecuencias.
5. Comprender el concepto de filiación en la legislación nicaragüense y su realidad práctica, incluyendo la adopción a fin de ejercer de manera adecuada el ejercicio de este derecho.
6. Analizar el concepto de guarda o tutela vinculado al derecho de representación de los hijos e hijas menores de edad (Patria Potestad), hoy Relación Madre-Padre-Hijos para establecer de manera precisa, el alcance de los mismos.
7. Manejar el concepto jurídico de alimentos y su importancia en el Derecho de Familia a fin de precisar los sujetos a quienes les asiste este derecho y exigir su oportuno cumplimiento.
8. Promover el respeto a las leyes que regulan las relaciones entre las personas y miembros de la familia e incentivar el cumplimiento de las mismas, como actitud ciudadana consciente, no sólo por disposición legal, sino para procurarse un entorno seguro entre las personas.

Esquema de contenido de la unidad



Prueba diagnóstica

Antes de iniciarnos en el estudio de la unidad II del módulo autoformativo No. 11, relativo a la asignatura "Derecho de Personas y Familia", conviene que responda los puntos que a continuación presentamos:

¿Cuál es el objeto de estudio del Derecho de Familia?

Recuerde qué entendemos por persona

Cómo define la Constitución Política a la familia

Mencione los tipos de familia

¿Qué relaciones jurídicas cree que existen en el seno de una familia?

Porqué considera que el Derecho de Familia es parte del Derecho Privado?

Cómo considera usted que tales conocimientos pueden ayudarnos en análisis, estudio y comprensión de esta asignatura

Cómo clasificaría los tipos de relaciones que existen en su propia familia.

Autovalore sus conocimientos y experiencias previas comparando sus resultados con la hoja de respuestas que aparece al final en la página 236.

Utilice la siguiente escala para autovalorarse:

8 a 10	Respuestas acortadas	= Excelente
5 a 7	Respuestas acortadas	= Muy bueno
2 a 4	Respuestas	= Bueno
0 a 1		= Regular

Su ubicación en esta escala será un buen indicador para que usted mismo tome la decisión sobre el tiempo de estudio que dedicará, los temas a los que debe prestar más atención, de esfuerzo que tiene que poner a la asignatura, etc.

A. LA FAMILIA

1. Conceptos

¿Cómo ha evolucionado el término familia?

“FAMILIA: Es de origen latino, apareció en Roma como derivado de *famulus* (servidor), Familia debió designar el conjunto de esclavos y servidores que vivían bajo un mismo techo...después, la casa en su totalidad; por una parte, el señor y por otra, la mujer, los hijos y los criados que vivían bajo su dominación. Se convirtió en sinónimo de *gens*.²⁹ De ahí que el concepto y definición de familia no han sido siempre los mismos e incluso en una época concreta es difícil a veces delimitar el término.

La mujer siempre ha formado parte de la familia, pero su situación jurídico-política dentro de la misma ha variado. En todo caso la familia ha sido y sigue siendo el área de confinamiento, subordinación y explotación de la mujer.

La familia surge en los tiempos primitivos como una formación política y social que se desprende de una organización social mayor que puede ser la tribu o la *gens*. Para Marx y Engels no es una agrupación de familias lo que dio lugar a la tribu sino que de la tribu se desprendieron diversos tipos de familia. (Nota de Engels a la 3ª. edición de *El Capital*.)

³⁰Los miembros de una familia no siempre han tenido que ser forzosamente consanguíneos. Los criados, los esclavos, los súbditos, los hijos adoptivos vemos que a veces han formado parte de ella. Lo importante aquí es resaltar que la familia tiene siempre una cabeza visible, un jefe, una autoridad y que ésta es siempre un hombre. Sólo algunas viudas han tenido derechos provisionales y transitorios en calidad de “sustitutas” de dichos hombres. El concepto de familia, por tanto, va unido indisolublemente al de patriarcado.

La forma de organizarse socialmente en el pre- patriarcado no sabemos a qué modelo respondía con exactitud. Mientras no se conoció la paternidad biológica los individuos se sentían unidos entre si por “lazos de sangre” cuyo origen era siempre materno (el único reconocible). Los parientes consanguíneos se reconocían como tales (con derechos y obligaciones recíprocas) aunque no se conocieran personalmente, e independientemente del lugar geográfico donde se encontraran. Como se quiera el reconocimiento de la paternidad biológica coincidió o fue el resultado- de un cierto sedentarismo, esto dio lugar a que los individuos se sintieran afines no sólo por los “lazos de la sangre” ahora también por vía masculina (patri- linealidad) sino por la tierra en que se afincaban.

En la familia romana, el hombre era la máxima autoridad, el *pater familias*, hasta el punto de que se hace innecesario legislar un “derecho de familia” porque el *pater* dispone de todo el poder legal para juzgar y castigar las infracciones de cualquier miembro de su familia, con derecho de vida y muerte sobre ellos, incluidos mujer e hijos. No ha habido nunca una autoridad equivalente a la de *pater* hasta el punto de que la esposa del *pater familias* ingresaba

²⁹ Historia de la Familia. Morinaux Martha

³⁰ Violencia Familiar. Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social. Jorge Corsi (compilador). Argentina. 1997

en la familia de éste a título de hija, con lo que jurídicamente era más la hermana de sus hijos que la madre de los mismos. “Se entra en el connubio no por lo que llamamos matrimonio sino con un instrumento jurídico que permita subordinar la mujer al jefe de la familia.”

Define y afirma Cerroni: “Que la familia antigua es sobre todo un modelo de organización política está demostrado por el hecho de que la familia queda, al menos hasta Locke, como el símbolo y el modelo del buen gobierno político”.

Durante la Edad Media, la familia existía pero no era la clasificación familiar la más importante en la sociedad de ese tiempo. El historiador Philippe Aries lo expresa así: “No cabe duda de que las influencias a la vez semíticas (no sólo bíblicas) y romanas no dejaron de mantener y reforzar la familia. Es posible que, por el contrario, ésta se haya debilitado en el momento de las invasiones germánicas. Poco importa: sería vano negar la existencia de una vida familiar en la Edad Media. Pero la familia subsistía en el silencio y no despertaba un sentimiento lo bastante fuerte para inspirar a poetas o artistas. Es necesario conceder a este silencio una significación considerable: no se reconocía a la familia un valor suficiente”. La familia, para decirlo vulgarmente, no estaba “democratizada” en la medida en que la casa, la raza y el linaje eran superestructuras de parentesco englobadoras de varias familias y que estaban formadas por las élites de la sociedad.

En la época feudal, el origen familiar determinó la incorporación a las élites de poder y las clases gobernantes, lo que posibilitaba que muchas señoras feudales gobernaran los feudos cuando sus maridos combatían en las guerras. De la misma manera, a través de la influencia familiar, podían ser partícipes en las decisiones de Estado. La influencia femenina en la política, directa o indirecta, era mayor que en las sociedades modernas, porque la familia tenía también una función política.

Es con la formación de la clase burguesa a partir de los siglos XV y XVI, que la familia tomó otro cariz y constituyó la primera célula de la sociedad burguesa, el lugar material donde se enseñaron y aplicaron nuevas formas de vida basadas sobre todo en un nuevo sistema de administración económica, de tipo ahorrativo.

En el siglo XVIII y como fruto de la Ilustración la familia de corte burgués, fue definida como la “sociedad natural” por excelencia. Y “naturales”, en consecuencia, las prestaciones obligatorias a que la mujer está obligada dentro de ella. La familia se había hecho conyugal de modo que la esposa-sierva estaba más sola y desprotegida frente al amo, el cabeza de familia. La diferenciación de roles en función del sexo llegó aquí a sus últimas consecuencias, al mismo tiempo que los términos familia y matrimonio se acercaban cada vez más, hasta el punto de que en la actualidad el matrimonio es sólo el pretexto legal para que un hombre pueda formar una familia, es decir, garantizar su paternidad biológica sobre los hijos habidos de las mujeres y transmitir a sus varones este privilegio.

La familia actualmente ya no es una unidad de producción económica, pero sigue siendo el lugar donde son reproducidos tanto los trabajadores como la clase dominante, la fuerza de trabajo de los primeros (reposición de fuerzas) y sin distinción de clase, el sostenimiento de la estructura psíquica de los individuos.

³¹ El Estado también forma parte del sistema patriarcal y desarrolla mecanismos e instituciones para mantenerlo y reproducirlo. Algunos rasgos patriarcales son semejantes en todos los Estados; otros, dependen del tipo de Estado y son diferentes en uno autoritario o en uno democrático. Lo común en ambos casos es que el Estado no se vincula directamente con las mujeres, sino que lo hace a través de la familia. Por esta razón, la respuesta que da a sus demandas es diferente a las medidas y políticas que desarrolla para los varones. Así, las convierte en ciudadanas de otra categoría.

El surgimiento del Estado asistencial produjo una nueva relación entre las instituciones estatales y las mujeres. Nuevamente, esta vinculación ha estado mediatizada por la familia. En efecto, los servicios prestados por el Estado sustituyeron a los que prestaban las mujeres a través del trabajo doméstico familiar. Los hospitales, las guarderías y las casas de acogida de ancianos ofrecen el mismo tipo de servicios que ellas en casa. Sin embargo, los recortes en el gasto público y la reducción de servicios implica que las mujeres los deben volver a realizar como parte de sus tareas domésticas habituales.

De acuerdo con las diferentes definiciones, los individuos se unen por razones biológicas, psicológicas y socioeconómicas. Independientemente del status jurídico de tales uniones, la familia puede ser considerada como un grupo social primario que, al menos, cumple las funciones básicas de reproducción de la especie y de transmisión de la cultura a las nuevas generaciones.

Las variaciones en las formas que adopta tal grupo acompañan a los cambios estructurales de la sociedad en los distintos períodos históricos (desde la familia extensa conviviente como unidad económica autosuficiente, hasta algunas formas actuales de familias monoparentales).

Ambas categorías independientemente de las variaciones estructuradas, aluden a una particular organización jerárquica de la familia. En ella la estructura del poder tiende a ser vertical, según criterios de género y edad. Así, el concepto de “jefe de familia”, que a menudo está jurídicamente definido, se corresponde con la categoría “varón adulto”. A tal punto la cúspide del poder familiar se halla vinculada al género que, en muchas culturas y sub culturas, cuando muere el padre su lugar pasa a ser ocupado por el mayor de los hijos varones, independientemente de la existencia de la madre y / o hermanas mayores.

La verticalidad, disciplina, obediencia, jerarquía, respeto, castigo, han sido elementos indispensables para la organización de instituciones militares y ello las ha hecho funcionales. También estos elementos han servido de base para regular las relaciones intra familiares, encontramos algunas de las siguientes “leyes”, implícitas pero sancionadoras:

- “Los hijos deben respeto a los mayores”
- “La mujer debe seguir al marido”
- “Los hijos deben obedecer a los padres”
- “El padre debe mantener el hogar”
- “El padre es el que impone la ley”
- “Las faltas a la obediencia y al respeto deben ser castigadas”

³¹ Un nuevo Consenso sobre Población. Balance y propuestas en el umbral del siglo XXI. Jyoti Shankar Singh. Icaria Antrazyt. Barcelona. 2001

La familia moderna surgió a partir de una serie de fenómenos sociales que comenzaron en el siglo XV y culminaron con el proceso de industrialización. El modelo familiar anterior, el feudal, fue reemplazado por la familia burguesa. El espacio social que había sido relativamente uniforme, se dividió en dos ámbitos claramente diferenciados: el de la vida privada y el de las funciones públicas.

A la familia se le asignaron sólo tareas relacionadas con la reproducción humana. La Economía, la Política y la Cultura se convirtieron en áreas públicas. La producción de bienes se trasladó a las fábricas y se restringió el concepto de trabajo para referirse sólo al trabajo productivo que recibía una retribución monetaria. Finalmente, se produjo una nueva ordenación del tiempo para la que ya no fue útil el calendario tradicional. Surgió la contraposición entre trabajo y ocio: este último antes considerado como creación de cultura, esparcimiento y vida personal, se convirtió en una actividad residual y condenable.

Estas transformaciones sociales y familiares tuvieron consecuencias importantes para la división sexual del trabajo y el sistema de género. La acentuación de la separación entre las esferas sociales de lo privado y lo público, produjo una radicalización de la división sexual del trabajo. El mundo público se hizo masculino y el privado femenino, mujeres y hombres dejaron de compartir la vida social, económica y cultural para especializarse en tareas diferentes que generaban intereses y valores distintos.

Durante el siglo XIX, el Estado intervino por primera vez en la vida familiar: se trataba de recomponer un modelo de familia, diferente al feudal, pero que volviera a consolidar el deteriorado poder del padre. El Código Civil napoleónico, que sirvió de ejemplo a muchos países occidentales estableció los roles y funciones que los miembros de la familia debían desempeñar, al mismo tiempo que legitimaba la posición subordinada de las mujeres a la autoridad marital.

¿ A qué llamamos familia, actualmente?

Esta puede definirse brevemente como una agrupación social, cuyos miembros se hayan unidos por lazos de parentesco.

En su forma más simple, la familia primaria o elemental consta de dos adultos de sexo opuesto, que viven juntos en una unión (matrimonio) reconocida por otros miembros de su sociedad, y en compañía de sus hijos. Los vínculos de parentesco que unen a estos individuos son tres: el que existe entre la pareja casada (la relación de marido y mujer); el que existe entre la pareja y sus hijos (la relación padres-hijos); y el que existe entre los hijos de la pareja casada (relación de hermandad).

No hay en el país, persona alguna que se escape de vivir en familia, de referirse a ella, de distanciarse de ella o de soñarla. Para muchas mujeres y hombres, formar una puede ser la máxima aspiración de sus vidas, para niñas y niños es una de las pocas formas que tienen para sobrevivir; como objeto de análisis, nunca pasa de moda. En torno a la familia hay acuerdos y desacuerdos, pero ninguna persona deja de tener referencia concreta a ella a lo largo de su vida. La familia es entonces, un tema de todas y todos.

Precisamente por eso, las discusiones al respecto resultan siempre tan complicadas, ya que la realidad e ideología sobre la familia se mezcla constantemente. Entre lo que debería ser y lo que es ahora esta institución, hay un espacio infinito que se llena con apreciaciones, vivencias y convicciones de muy diverso tipo.

Antes que el Estado y más que el Estado, la familia se presenta como un agregado a la formación natural y necesaria. Nos interesa observar que los elementos constitutivos del hecho jurídico-social de la familia no se agotan únicamente en la necesidad sexual y en la necesidad de la crianza de la prole.

Algunos autores definen la familia: Por linaje o por sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común y los cónyuges de los parientes casados.

La familia es, desde luego, la principal correa de transmisión para la difusión de las normas culturales a las nuevas generaciones. Pero hasta hace poco no hemos comprendido que la familia transmite, en general, la porción de la cultura accesible al estrato y al grupo social en que los padres se encuentran.

“La familia está compuesta por leyes de la naturaleza; institución que sirve de apoyo a la civilización y en cierto modo, es apoyada por ésta; institución sancionada por la religión, protegida por la ley, aprobada por la ciencia y en sentido común, exaltada por la literatura y el arte, encargada de funciones muy concretas en todos los sistemas económicos; es incuestionablemente un elemento intrínseco de la vida humana.”

Familia es el conjunto de personas ligadas entre sí, por lazos de parentesco. En un sentido limitado, expresa la parentela de mayor proximidad, esto es el grupo social integrado por el padre, la madre y los hijos de ellos procedentes.

Sobre la Familia, la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas del año 1993, “Año Internacional de la Familia”, dice:

“Aunque hay diversas formas de familia en los diferentes sistemas sociales, culturales, jurídicos y políticos, la familia es la unidad básica de la sociedad y por consiguiente, tiene derecho a recibir protección y apoyo amplios.” (Naciones Unidas, 1995 Párrafo 5.1)

El jurista español **Manuel Albadalejo**, considera que familia, es el grupo de personas compuesto por quienes están unidos en matrimonio y los hijos que se hallan bajo su potestad, aún emancipados, que no abandonaron el hogar paterno. Aclara, que cuando dos personas se unen carnalmente sin haberse casado antes y tienen descendencia, no se dice en rigor que los amantes constituyan una familia no matrimonial, pero se suele decir que los hijos son familia natural (hijos no matrimoniales) de cada padre.³²

Sara Montero Duhalt, jurista mexicana difiere con Albadalejo, porque para ella, Familia es un grupo primario, natural e irreductible que se forma por la unión de la pareja hombre mujer³³ y que para que ésta sea por sí sola una familia se requiere de dos elementos: la unión sexual y la procreación.

Analizando los planteamientos de estos juristas consideramos importante destacar la permanencia más o menos prolongada y la cohabitación, aunque de esa unión no resulte la procreación. A nuestro entender la mujer y el hombre que cohabitan en forma permanente, configuran la familia.

³² Derecho de Familia, Pág. 469. Manuel Albaladejo

³³ Derecho de Familia, Pág. 2, Duhalt Montero, Editorial Porrúa, 1984.

Estos dos autores difieren en la conceptualización de la familia pues uno considera, que es necesario que hayan hijos que estén bajo su potestad y para la otra, lo más importante es, que haya permanencia y cohabitación.

Para el ilustre jurista, **José Alberto Garrone** la "familia, es el conjunto de personas que descienden de un tronco común y se hayan unidos por lazos de parentesco."³⁴ y se propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos; educarlos; es el elemento vital de la sociedad es en fin una institución.

En la actualidad, se habla de la familia de hecho, refiriéndose a las parejas que conviven sin haberse casado, es decir, en Unión de Hecho Estable, unos y otras difieren ya que disponen de diferentes elementos, para conceptualizar a la familia.

Toda individualidad se gesta en el reducto familiar- lugar donde se aprende el amor y el desamor."³⁵

¿Cuáles son los tipos de familia moderna más caracterizados?

La familia autoritaria fue el primer tipo de familia moderna, caracterizada por una división rígida de los roles sexuales y por estructura decididamente patriarcal. Solamente los hombres detentaban derechos económicos, políticos, culturales y sociales. A las mujeres no les estaba permitido el acceso al trabajo remunerado, la propiedad, la educación y la política, puesto que ni siquiera se les otorgó el derecho al voto. En el interior de la familia, el padre era el único que tenía autoridad y sólo en casos excepcionales las mujeres se convertían en "jefes de familia". El Estado, a través de la legislación y la práctica política, concedió el poder a los varones. Las leyes no sólo lo protegían, sino que también permitían que utilizara la violencia para mantener el orden. El divorcio no existía; el adulterio femenino era un delito, lo mismo que cualquier actividad que se opusiera a la autoridad paterna; la sexualidad sólo cumplía la función reproductiva, pues no era permitida como placer y la madre lo tenía ninguna capacidad de decisión sobre sus hijos, ni posibilidad de poseer bienes económicos, modelo de familia que caracterizó a muchas sociedades europeas y americanas.

Un segundo tipo de familia moderna, mantiene la misma división sexual del trabajo, es decir, las mujeres realizan las tareas domésticas y el cuidado de los hijos y los varones desempeñan las tareas públicas. Sin embargo, no ejercen autoridad sobre los hijos e hijas y éstos no participan de las decisiones familiares de los padres. La sexualidad no está reprimida, como tampoco sólo asociada a la reproducción sino que es parte de la relación afectiva entre los cónyuges y existe el divorcio. En principio, las mujeres también poseen derechos públicos (al voto, a la educación y al trabajo) pero, cuando desempeñan estas tareas, se entiende que son complementarias con lo que es su tarea primordial, que sigue siendo la del hogar. Este modelo de familia, que se puede considerar liberal, fue apoyado por el Estado, después de las dos guerras mundiales, a través de la liberalización de la legislación represiva anterior, aunque sin implementar medidas y políticas públicas especiales, excepto en el terreno de los servicios sociales.

El tercer tipo de familia moderna aparece a partir de los sesenta y aún está en proceso de desarrollo: la familia democrática e igualitaria. A diferencia de la familia liberal, se cuestiona la división sexual del trabajo para señalar que mujeres y varones deben desempeñar tareas

³⁴ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Pág. 23 y 24, Guillermo Cabanellas (1996)

³⁵ La cultura Sexual en Nicaragua Sofia Montenegro

públicas, compartir el trabajo doméstico y el cuidado de los hijos. Las últimas décadas se han caracterizado por la incorporación de algunas mujeres al mundo público. El Estado ha intervenido para apoyar este proceso, desarrollando la legislación que lo posibilita e interviniendo en forma activa a través de políticas públicas y medidas administrativas. Se trata de políticas estatales a favor de la igualdad entre los sexos en las actividades públicas y contra la discriminación de las mujeres. Pero, no se ha hecho lo mismo en el área de las actividades familiares, como modo de complementar el nuevo equilibrio entre los sexos. Aún no se han planificado políticas para que los hombres también rompan la división sexual del trabajo y asuman tareas domésticas.

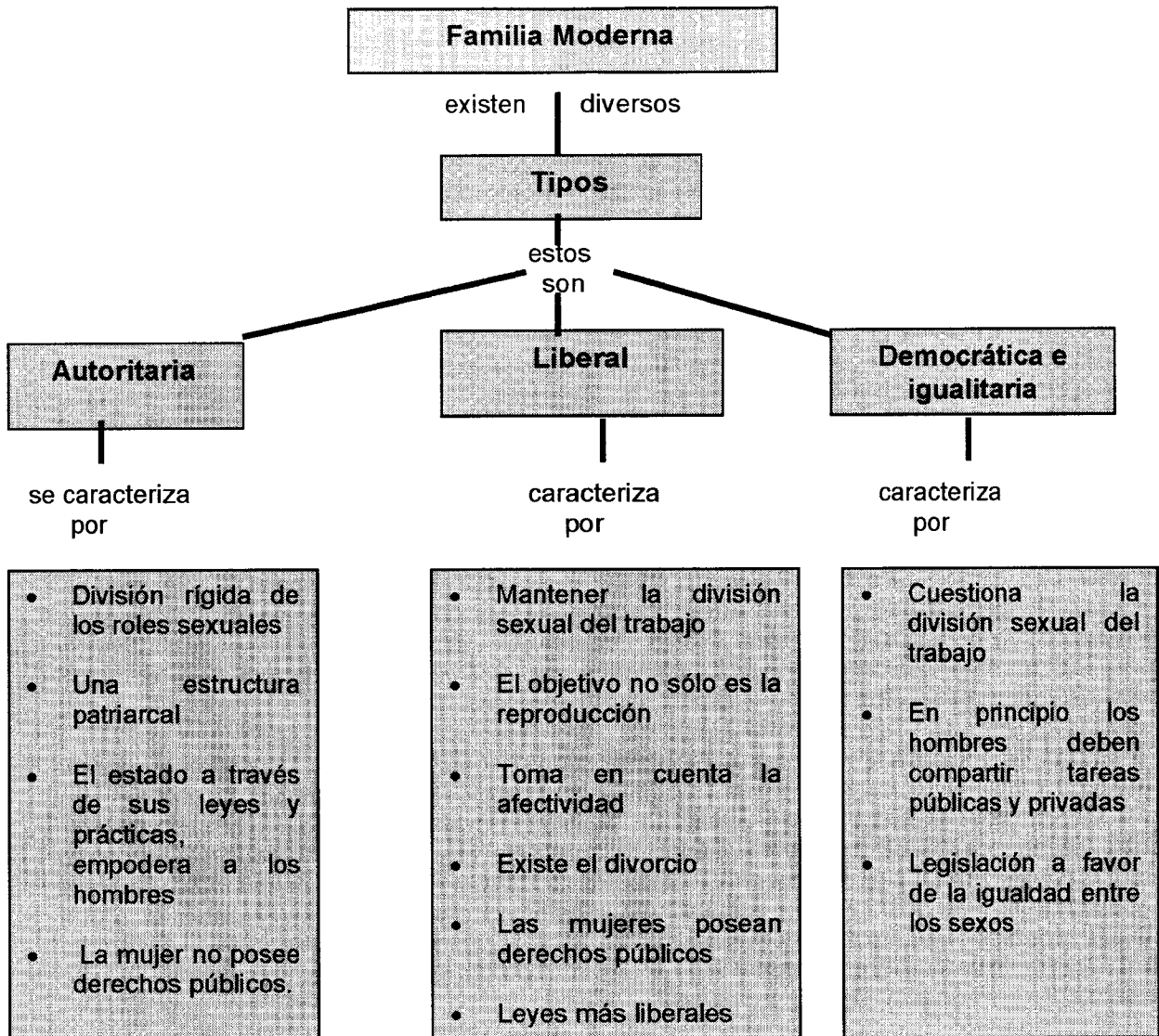
Ejercicio

Observe la situación de las familias en su comunidad y explique ¿ con cuál de los tipos de familia se asemejan.?

La intervención del Estado ha sido crucial para la consolidación de los tipos de familia moderna, la autoritaria y la liberal, ya que ambas han determinado una forma de división sexual del trabajo que impide a las mujeres participar en las actividades políticas, pues reduce sus funciones a las tareas domésticas y su ámbito de actuación a la familia. Esta situación también pone límites serios para su participación en las otras esferas públicas, pero como ya hemos indicado, es especialmente restrictiva en el caso de la política, por la imposibilidad material de dedicar el tiempo que requiere. Los varones cuentan para ello con el apoyo de una mujer que es quien mantiene la infraestructura doméstica que les permite la libertad de acción, de horarios y de disponibilidad personal que la política requiere.

Por ahora, las mujeres sólo pueden participar cuando cuentan con apoyo doméstico, que suele ser el de otras mujeres (familiares o personal contratado). Pero, la situación cambiara si los hombres compartieran el trabajo doméstico, pues no recaería exclusivamente sobre ella la doble jornada de trabajo que tiene en la actualidad. Esto ya comienza a producirse, pero sólo en un grado limitado; para resolver el problema de todas o, por lo menos de la mayoría debería generalizarse, más. No se puede cambiar sólo la esfera pública de actividades, intentando que allí participen por igual mujeres y varones, sin cambiar al mismo tiempo, la familia. El desarrollo de la familia igualitaria se convierte así, en un requisito indispensable si se quiere realmente potenciar la participación femenina.

Sintetizando:



Hoy como consecuencia de la movilización de las mujeres y de otros cambios sociales y culturales, los Estados occidentales han comenzado a asumir una intervención de signo diferente, como el de promover las condiciones que posibiliten que esta situación cambie. El Estado debe apoyar el desarrollo de modelos familiares igualitarios o de alternativas comunitarias de base, diferentes a la familia.

La relación entre el Estado y la familia también se expresa en otras áreas. La prestación de servicios públicos como salud, educación, vivienda y otros se asignan prioritariamente a las familias.

En el Estado autoritario la práctica normativa y social hace innecesaria una relación directa de las mujeres con el Estado, al carecer éstas de derechos propios. Sólo basta con que el jefe de familia sea titular de derechos individuales (cuando los tiene) para salvaguardar los de sus

familiares. Más aún, la familia patriarcal es una buena base para su legitimación y funcionamiento.

La familia independientemente de su tipo ha estado sustentada en unos principios determinados por la sociedad a través del estado y se le han asignado unas funciones por cumplir. Al respecto, es necesario referirnos un poco a las funciones históricas que le han sido asignadas a ese grupo de personas, unidas por vínculos de parentesco, denominada familia, en el orden que sigue:

2. Funciones

Las funciones y los principios de la familia han estado dirigidas históricamente a la³⁶:

- actividad económica y la patrimonial
- regulación de las relaciones sexuales
- reproducción
- actividad educativa, socializadora y afectiva

A través del tiempo, incluido el actual, la familia ha cumplido un importante papel en el desarrollo de los miembros que la integran y de la comunidad misma. Las funciones propias de la familia, aunque no exclusivas de la misma, son entre otras, la reguladora de las relaciones sexuales, de reproducción de la especie, económica, de producción y consumo de bienes y servicios, función socializadora y educativa, así como la función efectiva.

Analicemos cada una de estas funciones

- a. Regulación de las relaciones sexuales. Todas las culturas recogidas por la historia establecen la institución del matrimonio como el fundamento de la familia. Es bien sabido, que los individuos, solteros o casados, establecen relaciones sexuales al margen del matrimonio. Ello no le quita a la familia su carácter de ser la reguladora por excelencia de estas relaciones. En casi todo núcleo familiar existe una pareja cuyas relaciones sexuales son lícitas. Lo que no excluye que existan núcleos familiares sólidos en los cuales no se da la relación sexual entre algunos de sus miembros, sino que en ellos son predominantes los lazos consanguíneos del parentesco y los lazos efectivos derivados del mismo.
- b. Reproductiva o biológica. Consecuencia directa de la relación sexual en el núcleo familiar es la procreación. La procreación es en buena parte, sinónimo de familia. Ocasionalmente y en forma excepcional, se da el hecho de la reproducción sin que la misma cree lazos familiares; es el caso de la madre soltera que abandona al recién nacido; pero si esto no ocurre, como es lo normal, la relación madre-hijo crea familia. La reproducción, más que función propia de la familia, se convierte en este caso, en fuente de la misma.
- c. Función económica de la familia. Esta función presenta un doble aspecto: como unidad productora de bienes y servicios y como unidad de consumo. Como unidad productiva, pueden darse innumerables variantes en los diferentes tipos de familia y en una misma unidad familiar, en las diversas etapas en la que la misma se desenvuelve. Sus

³⁶ Derecho de Familia. Sara Montero Duhalt. Editorial Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15. México, 1984.

miembros pueden ser, cuando menos algunos de ellos, trabajadores de la empresa familiar misma, con o sin remuneración específica y pueden trabajar fuera de la organización familiar para contribuir al aporte económico de los bienes y servicios que la familia requiere; pero en cuanto a los servicios, cuando menos algunos de ellos, son realizados por algún miembro familiar. **Ejemplo:** el cuidado y atención de los menores, de los ancianos y de los enfermos en ciertos casos.

La función de consumo para la satisfacción de las necesidades materiales tales como: los alimentos, el vestido, la habitación, la conservación o recuperación de la salud entre los fundamentales, las necesidades se dan normalmente dentro de la morada común. Sin embargo, algunos de ellos pueden ser desplazadas y de hecho esto sucede cada vez con mayor frecuencia en ciertos sectores de la familia urbana, a otras unidades de servicio colectivo para el consumo básico **Ejemplo:** restaurantes, habitaciones colectivas, casas de huéspedes, tintorerías, sanatorios, casas de salud, guarderías infantiles, comedores en centros de trabajo, etc.

La familia concebida como unidad económica desde el doble punto de vista de productora y consumidora, se dio mucho más en el pasado que en el presente. Actualmente se realiza con más frecuencia en el medio rural que en el urbano. Comúnmente, de la economía de ingresos colectivos familiares se va pasando a la familia con economía individual de sus miembros, ya que son todos adultos autosuficientes. Del patrimonio familiar se pasa al individual disgregado, incluso entre los cónyuges.

Pero aún en estos últimos casos quedan residuos de una primitiva unidad económica familiar: el disfrute común por todos los miembros de la morada, de sus variados servicios, muebles y artículos a disposición del grupo.

- d. Función educativa y socializadora o cultural. Quizás una de las funciones más importantes por su universalidad y su trascendencia social, es el papel socializador y educativo que cumple la familia con respecto a los miembros que surgen y crecen dentro de ella: los niños y los adolescentes. En efecto, es dentro de la familia donde se moldea su carácter, donde su sensibilidad se afina y donde adquiere las normas éticas básicas. La responsabilidad de los padres y de los demás miembros adultos de la familia, con respecto a los seres en formación, es mayor, pues su conducta representa el modelo a seguir por estos últimos.

Otras instituciones sociales pueden cumplir también con la labor educativa y socializadora de los menores; las guarderías infantiles y la escuela fundamentalmente. Su papel, de cualquier manera, es secundario, pues el decisivo, quíerese o no, en forma consciente y más bien inconscientemente, de manera positiva o negativa en cuanto a la conducta que una sociedad determinada desea y exige de sus miembros, lo cumple la familia. La determinante en la función socializadora y educativa sigue siendo la célula primaria: el grupo familiar.

- e. La función afectiva o psicológica. "No sólo de pan vive el hombre" es verdad. Ciertamente es también que todas las necesidades materiales son imperiosas en cuanto a su satisfacción, pues sin ella no se sobrevive; pero con la misma intensidad que el alimento corporal, el humano necesita del afecto. La liga afectiva con otras personas es imprescindible para el equilibrio emocional y mental y hasta para la salud física de todos los seres. En este aspecto, es la familia la que en forma natural provee este alimento espiritual. Los que contraen matrimonio o los que se unen sexualmente y fundan una familia, lo hacen llevados no solamente por el impulso erótico, sino unido el mismo a la atracción afectiva.

A esta función familiar afectiva se le ha dado acento primordial en los tiempos que corren, pues parece ser insustituible por otras instituciones distintas a la familia. Hogar, es sinónimo de calor humano; más, desgraciadamente en incontables ocasiones, las relaciones familiares producen el efecto contrario al afectivo y es frecuente acusar a la familia de ser la causa principal de las conductas aberrantes de sus miembros.

La verdad es que, dentro de la afección humana, nada es comparable en satisfacciones a las que produce una familia bien integrada. El saber que existe un lugar cálido en el que se encuentra y se da comprensión apoyo, solidaridad, en el que se comparten alegrías, decepciones, dolores, satisfacciones, etc. en suma la familia en el hogar es algo insustituible, aunque, como en toda entidad humana, estén presente concomitantemente sus aspectos negativos de discordias, choques, molestias, etc.

Y lo contrario también es cierto. Una familia mal integrada, donde uno o varios de sus componentes son conflictivos pues cuando las relaciones son manejadas a diario con egoísmo esencial, cuando ha desaparecido el afecto conyugal, cuando padres e hijos o hermanos entre sí, son enemigos encubiertos o declarados, la familia ha perdido su sentido, acaba por desaparecer.

Como pudo observar de esta función no pusimos ejemplos, usted como yo, debe conocer muchísimos.

3. El Derecho de Familia

Qué es el derecho de familia?

El derecho de familia es una mezcla de Derecho Público y Derecho Privado. Esto significa que algunas de sus normas deben aplicarse en forma estricta, aun cuando las partes se pongan de acuerdo para pedirle al juzgado que no lo haga. **Por ejemplo:** una renuncia al derecho de pensión alimenticia de los hijos dentro de un acuerdo de divorcio por mutuo consentimiento; solicitud que no puede ser aprobada pues ello no es permitido por la ley. Este tipo de normas son de orden público.

Otras normas, pertenecientes al Derecho Privado, permiten acuerdos de partes en cuestiones puramente patrimoniales, como sería el caso que una de las partes renuncie a su derecho a bienes gananciales, cuestión que pertenece al ámbito del Derecho Privado contractual.

Es decir que el derecho de familia tutela no solamente intereses individuales, sino también intereses públicos, sociales y colectivos, ya que resalta la importancia de proteger a la familia, a la sociedad, a la niñez, a los adolescentes, a las personas mayores, a las madres y a las personas con capacidades diferentes; de manera que no solamente se discuten los derechos individuales de la parte actora o demandada, sino también intereses de la colectividad.

Existe mayor intervención del Estado en el derecho de familia, que en otras ramas jurídicas. Ello se manifiesta, sobre todo, en los procesos que involucran intereses de personas menores de edad o en los que se pretende proteger contra la violencia doméstica, pues el Estado, a través de instituciones como el Patronato Nacional de la Infancia o el Instituto Nacional de las Mujeres, promueve la protección de los derechos de las personas afectadas, e incluso, interviene en los procesos judiciales buscando la mejor solución para sus problemas.

¿Qué requiere o exige el derecho de familia?

El derecho de familia exige mayor intervención oficiosa de parte de los tribunales. Las sentencias de los juzgados de familia usualmente abarcan aspectos que las partes han olvidado incluir en el litigio, de manera que se otorgan pensiones alimenticias, derechos gananciales y se regulan los regímenes de interrelación familiar aún cuando las partes no lo hayan solicitado, si es que se requiere un pronunciamiento expreso para definir los derechos de las personas afectadas y no dejarlas en situación de incertidumbre.

Este derecho se renueva y se actualiza constantemente, en armonía con los cambios sociales. Tiende a la acentuación de principios procesales modernos, como la oralidad, la concentración, inmediación (los jueces escuchan a las partes y resuelven en forma rápida).

El derecho de familia requiere tribunales especializados, con una visión y sensibilidad especial hacia los conflictos familiares, en la medida de lo posible, debe procurarse que los miembros de la familia vivan juntos, o bien, que sus relaciones sean armoniosas, debe existir claridad en cuanto a que las relaciones de los padres no deben afectar las relaciones de ellos con los hijos. A manera de **ejemplo**, el divorcio de los cónyuges no significa que acabe la relación del padre que se va de la casa respecto de los hijos que se quedan con la madre.

Cuando en un problema deba escogerse entre los intereses de los adultos y los intereses de las personas menores de edad, debe optarse por los últimos. Así, en la adopción, lo importante no es tanto darle a una pareja el hijo que nunca tuvieron, sino brindarle a una niña o a un niño en donde encuentre la satisfacción de todas su necesidades.

Se ha superado el concepto antiguo de que el varón tenía más derechos que la mujer; o que el hombre era el que decidía los asuntos de la casa y la esposa solamente se limitaba a obedecerle. La concepción actual es que ambos comparten los asuntos del hogar y que tienen iguales derechos y obligaciones, realizando más una labor de equipo que una competencia entre ellos.

Otra exigencia es la no discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales: esto en referencia a las antiguas calificaciones de hijos “naturales” o “adulterinos”. Nuestra Constitución Política dispone que todos los hijos tienen los mismos derechos frente a sus padres y que los padres deben ser responsables respecto de todos sus hijos, ya sea que nazcan dentro o fuera del matrimonio.³⁷

En la actualidad las legislaciones a nivel mundial, otorgan protección a la familia y se le reconoce como núcleo fundamental de la sociedad, protección que se ha extendido a nivel internacional, como se puede observar en distintos instrumentos, convenios, declaraciones y otros.

Como se ha dicho, la protección de la familia, se observa no sólo en las Constituciones Políticas de los países centroamericanos, los Códigos de Familia y el Estado a través de diversas instituciones creadas para tal fin, protegen y tutelan la familia, existen también tratados internacionales, dictados por organismos internacionales tales como la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA), a los cuales, Nicaragua está adscrito; de manera que lo previsto en los mismos, ha sido acogido por nuestra legislación, por lo que deben observarse sus disposiciones.

³⁷ Ricardo González Mora. La tramitación de los procesos de familia. Poder Judicial. San José, Costa Rica, 2000...

Concluamos:

El Derecho de Familia, lo podemos definir como “el conjunto de normas jurídicas que regulan el complejo de relaciones jurídicas que surgen en la familia en sí y de ésta respecto a terceros”, relaciones jurídicas que reflejan a la vez las relaciones personales, sociales, materiales y económicas que se crean entre el hombre y la mujer, como consecuencia del matrimonio o de la unión de hecho estable; entre padres e hijos, y entre unos y otros con terceros, especialmente el Estado y las organizaciones sociales.

Esas relaciones objeto de las normas jurídicas constituyen, a su vez el Derecho de Familia, éstas se refieren pues a:

- a. Las existentes entre los cónyuges o esposos (relaciones llamadas conyugales o matrimoniales);
- b. Las existentes entre los padres y los hijos (relaciones llamadas paterno-filiales);
- c. Las existentes con motivo del parentesco (llamadas relaciones parentales).³⁸

Veamos pues las normas, declaraciones y convenios más relevantes en cuanto a la protección de la familia.

4. Instrumentos Internacionales**a. Declaración Universal de los Derechos Humanos**

“Artículo 16: 3.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Los hombres y mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio, y en caso de disolución del matrimonio.

Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos, podrá contraerse matrimonio.”

b. Convención Americana sobre Derechos Humanos

“Artículo 17: Protección a la Familia.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.”

³⁸ Derecho de Familia. Dr. Daniel A. Peral Collado. Editorial Pueblo y Educación. Primera Edición, 1980.

c. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

“Artículo 10: Los Estados partes en el presente pacto reconocen que:

Se debe reconocer a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros contrayentes.”

d. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

“Artículos 23: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

“Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia si tiene edad para ello.

“El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.”

e. Carta Social Europea

Parte I:

“Artículo 16: La familia, en cuanto célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una protección social, jurídica y económica apropiada para asegurar su pleno desarrollo.”

Parte II:

“Artículo 16: Derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica.

A fin de realizar las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las partes contratantes se comprometen a promover la protección económica, jurídica y social de la familia, en particular por medio de prestaciones sociales y familiares, de disposiciones fiscales, de apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, de ayuda a los matrimonios jóvenes, o de cualquier otra medida adecuada.”

En algunos casos la redacción del artículo es la misma, pero se demuestra que tanto en el nivel nacional como internacional, existe la idea y la decisión de reconocer la importancia de la familia así como su protección, para mantenerla como institución vigente y permanente para la humanidad.

Como se puede observar, no sólo las leyes nacionales de cada país reconocen el valor de la familia y tienen leyes para su tutela, sino que por ser un tema de tanta trascendencia para la humanidad, también en el derecho internacional se toman resoluciones al respecto: se tiene en cuenta el derecho que tiene toda persona de contraer matrimonio, cuando tiene la edad necesaria para ello, o edad núbil. Además, este derecho debe estar acompañado de la libre voluntad para hacerlo, o sea que el consentimiento debe ser libre.

f. Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales,

“Artículo 12: A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen el derecho de casarse y de fundar una familia, según las leyes que rigen el ejercicio de este derecho.”

g. Declaración Universal de los Derechos de la Familia,

Proclamada en el **VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, celebrado en San Salvador del 20 al 26 de septiembre de 1992**, que en sus partes conducentes recoge los principios que sustentan la familia y sus derechos, así:

- 1). **Derecho de la familia:** Todos los individuos tienen derechos a constituir una familia y a formar parte de ella, sin restricción alguna.
- 2). **No discriminación:** Los Estados se obligan a tomar todas las medidas para evitar que la familia sea objeto de discriminación.
- 3). **Protección de la familia:** Los Estados se obligan a garantizar la integración, estabilidad y desarrollo de la familia como célula fundamental de la sociedad; asegurando el derecho a la alimentación, vivienda, educación y bienestar social en general.
- 4). **Derechos familiares:** Los Estados se obligan a garantizar y respetar los derechos de la familia, tales como la intimidad, libertad y honor familiar.
- 5). **Garantía contra la violencia:** Los Estados se obligan a establecer y aplicar las medidas tendientes a proteger a la familia contra todo tipo de violencia.
- 6). **Derechos sociales de la familia:** Toda familia tiene derecho a una existencia digna y decorosa; en consecuencia, los Estados garantizarán un ingreso familiar suficiente, habitación, educación y todo aquello que propicie su desarrollo social, bienestar e integración.
- 7). **Medidas contra la desintegración familiar:** Los Estados se obligan a garantizar que ningún miembro de la familia sea separado arbitrariamente de ella; así mismo, garantizarán la legal y ágil tramitación de las peticiones para entrar o salir de sus territorios, con el fin de propiciar la reunión familiar.
- 8). **Principios rectores:** La unidad familiar; la igualdad jurídica del hombre y la mujer; la igualdad jurídica de los hijos y la protección de los menores y demás incapaces, son los principios rectores de esta Declaración.
- 9). **Irrenunciabilidad de los derechos:** Los derechos de la familia son irrenunciables, intransmisibles, inalienables e imprescriptibles.
- 10). **Procedimientos familiares:** Todos los procedimientos familiares deben ser resueltos conforme al Derecho Familiar moderno, a efecto de garantizar la justicia familiar.

- 11). Efectividad de los derechos: Los Estados se obligan a establecer y cumplir todas las medidas que otorguen eficacia plena a los derechos previstos en esta Declaración.
- 12). I. Difusión y educación: Los Estados que suscriben esta Declaración se obligan a promover su difusión; adecuar su legislación a los principios y derechos en ella contenidos; crear las instituciones necesarias para desarrollar las políticas de protección y desarrollo familiar y realizar todas las acciones tendientes a la protección integral de la familia.
- 13). Los informes anuales que presenten a la Asamblea General del Consejo Interamericana Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura contendrán un resumen de la información recibida de los Estados Partes en el Presente Protocolo y de los organismos especializados acerca de las medidas progresivas adoptadas a fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el propio Protocolo y las recomendaciones de carácter general que al respecto se estimen pertinentes.

En el caso de que los derechos establecidos fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado Parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 al 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá formular las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el presente Protocolo en todos o en algunos de los Estados Partes, las que podrán incluir en el Informe Anual a la Asamblea General o en un Informe Especial según lo considere más apropiado.

Los Consejos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de las funciones que se les confiere en el presente artículo tendrán en cuenta la naturaleza progresiva de la vigencia de los derechos objeto de protección por este Protocolo.

Resumen

En el estudio del presente tema podemos concluir con el criterio de que la familia continúa siendo la institución fundamental para la humanidad, tal como lo demuestran los distintos instrumentos internacionales que se ha ocupado de la misma, no obstante que su naturaleza esté en constantes cambios, al igual que la extensión de sus relaciones y funciones. Por sus características se hace necesario abordar a continuación, lo relativo a su regulación en la norma constitucional nicaragüense y el derecho de familia, pues **familia es, sinónimo de hogar, techo o casa.**

B. LA FAMILIA EN LA NORMA CONSTITUCIONAL NICARAGÜENSE

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado.”³⁹

Muchos de los aspectos que abordaremos en este tema son de su conocimiento, por eso su contenido le resultará de fácil comprensión, iniciemos pues.

¿ Qué caracteriza a la familia nicaragüense?

En Nicaragua, la familia es como una extensa red en el centro de la vida de la mayor parte de las personas, mucho más fluida y variable que el modelo occidental de la familia nuclear integrada por la pareja conyugal y sus hijos.

En el comportamiento de la familia se encuentran, con mayor fuerza los límites entre lo privado y lo público, entre los deberes y derechos de sus miembros, como individuos y como responsables de apoyar el cumplimiento de las funciones atribuidas a la familia.

La familia es el grupo social que cohabita bajo un mismo techo y que declara una sola jefatura, tal como se recoge en los resultados del Censo de Población y Vivienda de 1995.

En Nicaragua se identifican tres tipos básicos de familia⁴⁰:

- familias nucleares integradas por padre y / o madre e hijos
- familias extensas: padre y/o madre e hijos, más otros parientes
- familias complejas: familias nucleares o extensas, más otros no- parientes

En nuestro país, antes de la promulgación del Estatuto Fundamental y Estatuto de Derechos y Garantías de los Nicaragüenses, en el año 1979, no encontramos definición de Familia, ni de Derecho de Familia.

Es hasta la promulgación de la Carta Fundamental de la República del año 1987 que se recogen los derechos de familia, en los Artos. 70 al 79 y fue precisamente en la década de los años 80, que este derecho sufrió transformaciones importantes, las que continuaron hasta el año 1992. Más tarde en el año 1998, se promulga el Código de la Niñez y la Adolescencia, contenido en Ley No. 287 y posteriormente, en el año 2000, la Ley No. 351- Ley de Creación del Consejo Nacional de Atención y Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, que desarrolla parte de los artículos del Libro II de dicho código.

³⁹ Arto. 70 Cn.

⁴⁰ Familias en Nicaragua. Una aproximación sociodemográfica. Carmen Largaespada L., 1999

Es importante destacar que en el Código Civil no aparece definido qué es una familia, a pesar de ser un concepto reiteradamente utilizado por el legislador en el articulado que la regula, quizás por estar más cerca la familia de la naturaleza huma que la cultura jurídica por ello debe limitarse a protegerla, no a determinarla.⁴¹

¿Cuáles son los principales derechos de familia?

Los derechos de familia señalados, se resumen de la manera siguiente:

1. Derecho a constituir una familia. Elección de domicilio o fijación domiciliar Generalmente ha sido facultad del esposo o conviviente, la escogencia del domicilio común, por tratarse de una norma de relación personal entre los cónyuges o convivientes, sin embargo puede también ser sugerido o propuesto por la esposa, conviviente o compañera de vida.
2. Derecho a constituir el Patrimonio Familiar, exento de toda carga pública e inembargable. Este aspecto debe ser atendido de manera urgente, pues la regulación existente data del año 1959 y ha caído en desuso, amén de que existe desconocimiento y ausencia de práctica de este derecho. ha sido incorporada su reglamentación en el proyecto de Código de Familia del año 1994, y luego en 1995, se presentó una iniciativa de reformar estas disposiciones, que aún no ha sido aprobada.

Con la reforma constitucional del año 1995, se hizo un reconocimiento expreso de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y a tono con esa disposición, se promulgó la Ley no. 287 – Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998.

3. Reconocimiento del Matrimonio y la Unión de Hecho Estable, como formas de constitución de familia, encontrándonos que sólo la primera se encuentra normada por el Código Civil, 1904. Después de 14 años de haberse reconocido la segunda, no posee norma secundaria que la regule, de tal manera que cuando una pareja desea demandar derechos derivados de esta forma de familia, deberá sustentar su reivindicación en la Constitución Política de la República, así como en los tratados y convenios internacionales, pertinentes. Sin embargo, partamos del criterio que para su validez se debe poseer aptitud legal para contraer matrimonio, es decir, una pareja heterosexual (hombre-mujer), capaz, soltera y con deseos de establecer una vida juntos.

Es importante destacar que en otros países de la Región Centroamericana se reconoce este tipo de familia, y en el caso de Costa Rica, llega incluso a reconocerle efectos de carácter patrimonial, tal como se desprende de la reforma y adiciones al Código de Familia, hecha mediante Ley No. 7532 del 08 de agosto del año 1995, visible en el Arto. 242 del Código de Familia que literalmente dice: Artículo 242 (229).- UNIÓN DE HECHO REGULAR. La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio. Surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente, al finalizar por cualquier causa.

En los casos de El Salvador y Panamá, países que promulgaron su Código de Familia en los años 1994 y 1995 respectivamente, establecieron entre los requisitos: ser personas legalmente capacitadas, convivencia de 3 y 5 años, así como la que dicha unión fuese con carácter de singularidad y estabilidad, surtiendo los mismos efectos del matrimonio.

⁴¹ Los desafíos de la Familia Matrimonial. Estudio multidisciplinar en Derecho de Familia. Instituto Andaluz de la Mujer. Ana Rubio Castro (Ed.) Tecnographic, S. L. Sevilla, 2000

Cuba desde febrero del año 1975 cuenta con un Código de Familia, y denomina este tipo de uniones en su Arto. 18 y siguientes, como "MATRIMONIO NO FORMALIZADO" fijando los mismos requisitos de SINGULARIDAD y ESTABILIDAD, de los otros países de la región centroamericana.

Ahora bien, en todos estos países, es necesario el reconocimiento de su existencia por autoridad competente para que el goce de los derechos que confiere este tipo de unión, distinta del matrimonio, sea efectivo.

4. Derecho a la disolución del vínculo matrimonial, por el mutuo consentimiento normado desde el año 1904 en el código civil y por la voluntad unilateral, que derogó las causales de divorcio, mediante la promulgación de Ley No. 38, del mes de abril de 1988. Esta ley fue reformada en su Arto. 3 que faculta a demandar la disolución del matrimonio mediante apoderado o apoderada especial.
5. Igualdad de derechos de los hijos e hijas, sin discriminación de ningún tipo. Conforme la Constitución Política de la República, Artos. 73 y 75 respectivamente. "Los padres deben atender el mantenimiento del hogar y la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, con iguales derechos y responsabilidades y todos los hijos mediante el esfuerzo común, con iguales derechos".

Siendo congruente con tales disposiciones, la representación de los hijos e hijas corresponde al padre y a la madre, y por ende debe ser ejercida de manera conjunta por éstos, pues la misma Constitución al establecer el principio de igualdad de todos y todas y la no discriminación, reafirma lo antes dicho.

Esto quiere decir que los miembros de la familia deben ayudarse unos a otros, tantos deberes y obligaciones tiene el hombre, con la mujer, así como ésta con respecto al hombre. Asimismo, no tendrá cabida discriminación a los hijos e hijas

6. Derecho de adopción en interés superior del niño o niña. El decreto No. 862 del mes de noviembre de 1981, el Arto. 30 del Código de la Niñez y la Ley No. 287, 1988, desarrollan este principio, que se traduce en derecho.
7. Responsabilidad igual de padres y madres en la representación y toma de decisiones respecto a sus hijos e hijas, menores de edad, todo ello en correspondencia con lo previsto en la Ley reguladora de las "Relaciones Madre-Padre-Hijos, Decreto No. 1065, julio, 1982 y Arto. 24 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley No. 287, 1988.
8. Protección especial al proceso de reproducción humana de tal manera que no se le podrá negar empleo por razones de embarazo a una mujer. Esto significa que debe ser atendida en el sistema de salud y la seguridad social, respetándole sus derechos de ciudadana.
9. Derecho a la investigación de la paternidad y la maternidad. Anteriormente sólo era posible investigar la paternidad.
10. Derecho a demandar pensión de alimentos para los hijos e hijas a quienes se deba. Este derecho se encuentra regulado en Ley No. 143, del mes de marzo del año 1992 y Arto. 27 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley No. 287, 1988. Existen algunas iniciativas de reformas a esta ley:

11. Derecho de los niños, niñas y adolescentes a prevención, protección y educación, por parte de su familia, la sociedad y el estado, que se complementa con lo dispuesto en Ley No. 287 Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998, Ley No. 351 Creación del Consejo Nacional de Protección y Atención integral a la Niñez y la Adolescencia (CONAPINA).
12. Derecho de las personas de la tercera edad. Si bien es cierto existe una Ley de Seguridad Social y un Régimen del Sistema de Ahorro de Pensiones, este sector poblacional, aún carece de normativas protectoras.

En síntesis: Los hombres y las mujeres deben tener no sólo el derecho, sino también los medios de elegir su propio futuro y el de su familia. Este es un derecho básico que debe protegerse y promoverse, teniendo siempre presente que la familia es un grupo humano resultante de la unión de Hombre y Mujer.

Según la Fundación Internacional para el Desafío Económico Global (FIDEG), existen DIFERENTES TIPOS DE FAMILIA EN NICARAGUA⁴².,:

Compleja/	Está constituida por el jefe (hombre o mujer),
monoparental:	hijos y otras personas familiares y no familiares.
Unipersonal:	Está constituida por una sola persona, sea hombre o mujer.
Compleja:	Es una familia nuclear que cohabita con otras personas familiares y no familiares.
Monoparental:	Está constituida por el jefe (hombre o mujer) e hijos.
Extendida/	
monoparental:	Está constituida por el jefe (hombre o mujer), hijos y otras personas familiares.
Extendida:	Es una familia nuclear que cohabita con otras personas familiares.
Nuclear:	Está constituida por el jefe (hombre o mujer), su cónyuge e hijos

Como puede observar de lo estudiado en este apartado, son distintas las formas que asume a organización familiar en Nicaragua. Cada una tiene sus propias particularidades, y por ende debemos pensar que esas diversas manifestaciones de familia, están protegidas por el estado, a través de la Constitución Política, el Código Civil y las leyes especiales. Pues se parte del reconocimiento del derecho que tiene cada persona de constituir o formar su propia familia, sea ésta por la vía matrimonial o no matrimonial. En este sentido la Constitución Política, también reconoce la unión de hecho estable, igual que el derecho de los hijos e hijas sin ningún tipo de discriminación, por razones de filiación u otros.

⁴² Encuentro, Valoración económica del trabajo de la mujer nicaragüense, 1995 y 1996. ,

Resumamos:

El tema el derecho de familia, desde la norma constitucional nicaragüense, abordado en este apartado, permite apreciar de alguna manera los cambios que en esta materia, se han venido presentando en los últimos veinte años, así como su regulación en la región centroamericana.

Generalmente las personas buscan la intervención de los tribunales para resolver sus controversias y requieren que la respuesta que se les pueda brindar sea justa, rápida y adecuada a sus necesidades, tomando en cuenta que la aplicación del Derecho de Familia se proyecta sobre un concepto combinado, pues existen reglas aplicables a los parientes biológicos, a los parientes por afinidad (suegros, cuñado, etc.) a personas que convivan bajo el mismo techo, inclusive a personas que tuvieron una relación que ya finalizó y que ahora no conviven, pero que tienen algún tipo de contacto (caso de las medidas de protección contra la violencia doméstica).

Si bien es cierto, los derechos de la familia están debidamente consignados en la norma fundamental, a la luz de lo estudiado hasta ahora, podemos concluir que esta rama del derecho que trata los asuntos de familia debe tener autonomía a través de un Código de Familia que haga posible la sistematización del derecho de familia nicaragüense, el cual necesariamente deberá ser aplicado a través de los tribunales de familia, previstos en el Arto. 50 de la Ley No. 260 –Ley orgánica del Poder Judicial, del año 1998.

C. EL MATRIMONIO

En este tema nos referiremos al matrimonio (naturaleza, objeto y efectos) como una forma de constituir familia, que es la base esencial de la sociedad. El Arto. 72 de la Constitución Política de Nicaragua, al efecto establece: "El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado, descansan en el acuerdo voluntario del hombre y la mujer y podrán disolverse por mutuo consentimiento o por la voluntad de una de las partes. La ley regulará esta materia." Iniciemos entonces el estudio en este interesante tema.

1. Concepto

¿A qué llamamos matrimonio?

El término Matrimonio se deriva de *matris* (madre) y *monium* (cargo o gravamen), sin embargo con ella se ha querido expresar que las cargas pesadas recaen sobre la madre⁴³.

Para el civilista Marcel Planiol, "Matrimonio es, un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad"⁴⁴.

Si bien el matrimonio es el punto de partida de la familia, esto no presupone que la compongan únicamente el matrimonio y los hijos. Esta es la familia conyugal, de aparición muy tardía (a partir del siglo XVI) resultado de la evolución histórica de la familia como grupo social mucho más extenso y variado. Decir familia es decir, familia patriarcal sea cual sea su conformación y extensión, en el sentido de que en ella y a través de ella. La mujer es por razón de su sexo subordinada, oprimida y explotada, como objeto de circulación entre familias, no tiene familia propia y es sacada de la de nacimiento para pasar a ser forastera en la de su marido; debe presentar servicios sexuales y de trabajo a éste y a su familia; debe tener hijos para el linaje del marido; generalmente vive también en la localidad de éste. En una palabra: la mujer trabaja y pare para aquel que se la ha apropiado por el mecanismo legal masculino del matrimonio.

No obstante la Real Academia Española, tiene dos acepciones del término matrimonio, uno canónico y el otro civil.

Desde el punto de vista canónico, se trata de un sacramento propio de legos por el cual hombre y mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la iglesia, en cambio, desde el punto de vista civil, es una unión perpetua de un hombre y una mujer con arreglo a derecho.⁴⁵

Pese a que a lo largo de la historia se han ofrecido multitud de definiciones sobre el matrimonio, se puede afirmar que no existe una que pueda calificarse de universal, ya que los caracteres de esta figura varían en los distintos sistemas y en los distintos tiempos. La esencia del matrimonio, a partir de la cual se debe establecer su concepto, será distinta, según las

⁴³ Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot José Alberto Garones, (2da. Edición) Buenos Aires Argentina Editorial Abeledo Perrot Tomo II Pág. 499.

⁴⁴ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas (1996), 2da. Edición Pág. 338 y 339

⁴⁵ Diccionario Enciclopédico de derecho Usual. Guillermo Cabanellas (1996), 2da. Edición Pág. 339

convicciones sociales de la época y la cultura de una región o estado concreto. Por lo tanto, el concepto de matrimonio que aquí se ofrezca debe tener en cuenta tales limitaciones.

Partiendo de esta base, actualmente se denomina matrimonio

La unión estable formada por un hombre y una mujer, a través de un acto público cognoscible para la sociedad, que tiene por fin el establecimiento entre ambos de una comunidad de vida.

Esta definición puede no coincidir en su expresión lingüística con la ofrecida por otros autores actuales, pero tal diferencia no es relevante, en tanto que se mantengan los elementos que caracterizan el concepto aquí propuesto y sobre los cuales parece existir un consenso en la doctrina civilista. Entonces ¿Cuáles son esos elementos?

Permanencia, Heterosexualidad, Unidad, Publicidad y Finalidad

Antes de proceder al análisis de estos elementos, debe indicarse que el concepto de matrimonio aquí propuesto no se encuentra reflejado en ningún texto legal, sino que parte de la misma consideración que aquí se ha hecho: dejar libertad a la opinión social para ir adaptando el concepto de matrimonio a las opiniones cambiantes. El matrimonio entonces se ha establecido como derecho de la persona a llevar o tener una vida en común, convivir con la otra persona, así como la cooperación y el mutuo auxilio entre los miembros de la pareja, manifestaciones todas ellas de la **permanencia**.

La edad, capacidad matrimonial, aptitud mental, etc. realmente no integran el concepto de matrimonio, sino que se establecen como presupuestos para poder celebrar la unión matrimonial caracterizada por las notas enunciadas en el párrafo anterior.

El segundo de los elementos, la **heterosexualidad**, ha sido objeto de debate; sobre la base de que ni en el Arto. 32 de la Constitución Española, establece el condicionamiento de que la unión matrimonial sea contraída por hombre y mujer "entre sí", un sector doctrinal ha negado que el carácter heterosexual sea constitutivo del concepto de matrimonio.

En este punto, no obstante, debe hacerse una mención al caso particular de los transexuales. La doctrina establecida por el Tribunal Supremo (TS) parte de que el cambio de sexo que pueda operarse en un sujeto a través de la cirugía, si bien puede dar lugar a la rectificación en el ámbito registral de la mención relativa al sexo, no permite una equiparación absoluta con la del nuevo sexo adquirido. Tal equiparación, en concreto, se niega en el caso del matrimonio, puesto que subsiste una realidad biológica frente a la apariencia física que determina la imposibilidad de contraer matrimonio con personas que compartan un mismo sexo genético o cromosómico. Por tanto, se parte de un concepto biológico del sexo que puede resultar contrario al Arto. 10 CE 27-12-78 y al principio de libre desarrollo de la personalidad. Frente a esto, el concepto psicológico de sexo (en el que lo importante son los sentimientos y la idea que tenga el sujeto de sí mismo como hombre o como mujer) no ha sido considerado tampoco por el TS como suficiente para el ejercicio del derecho al matrimonio.

La **unidad**, como tercer elemento, hace referencia a la exigencia de que la unión matrimonial se constituya exclusivamente entre dos sujetos: el marido y la mujer. No es posible en nuestro ordenamiento, por tanto, la poligamia o la poliandria, tanto si es sucesiva, como si es simultánea.

En este sentido, se sigue manteniendo como impedimento matrimonial la existencia de vínculo anterior subsistente en uno o ambos cónyuges. Igualmente, este elemento determina la falta de

efectos civiles dentro del sistema español de los matrimonios celebrados en el extranjero, o por extranjeros, con varios sujetos, aunque sea una forma de celebración admitida por la *lex loci* o por la ley personal de uno de los contrayentes. La Dirección General de Registro Natural, a través de la excepción de orden público establecida en el Arto. 13.2 RD 24-07-89 excluye el reconocimiento del matrimonio celebrado por un extranjero cuya ley personal reconoce su capacidad matrimonial pese a la existencia de vínculo matrimonial anterior.

Ejemplo: Si una persona ha contraído matrimonio y no lo disuelve, está impedido de contraer uno nuevo, pues la legislación española, al igual que la nicaragüense, considera como impedimento absoluto para contraer matrimonio, “El de la persona que está ligada por un matrimonio anterior”⁴⁶

El cuarto elemento, el relativo a la **publicidad** que debe rodear a la unión matrimonial, deriva de la importancia que el matrimonio adquiere en materia de estado civil y de orden público. Por este motivo se establece que la celebración del matrimonio debe realizarse conforme a unas determinadas formas que hagan reconocible la constitución del vínculo matrimonial a los terceros, de manera que excluyan las inmisiones de sujetos en la unidad matrimonial formada.

El establecimiento de estas formas, que queda encomendada al ordenamiento civil, no requiere necesariamente la presencia de la administración civil en la celebración del matrimonio, sino que es posible que la publicidad y la constancia de la unión celebrada se realice a través de la intervención de otros sujetos a los que el Estado les haya reconocido la competencia para tal función. Este sería el supuesto de la celebración del matrimonio ante una confesión religiosa.

En todo caso, la importancia que tiene este elemento del matrimonio radica en que se constituye como la nota distintiva entre la unión matrimonial y las parejas de hecho. Efectivamente, en el caso de estas uniones meramente fácticas es posible que concurren los anteriores elementos (permanencia, heterosexualidad, unidad y finalidad); pero esto no conlleva su calificación como matrimonio, ya que precisamente dichas uniones se caracterizan por la falta de formalidades en su constitución. Es el mero consentimiento de los miembros de la pareja lo que determina su unión.

Para que exista un matrimonio, sin embargo, será necesario que dicho consentimiento se exprese bajo una determinada forma y ante un determinado sujeto que autorice el matrimonio. Sólo en tal caso la unión celebrada estará dotada de suficiente publicidad como para justificar los efectos que derivan del matrimonio.

Ejemplo: Juan Antonio Serrano Pérez, estudiante de dieciséis años de edad, desea contraer matrimonio con María Antonia Pacheco Navarrete, de quince años de edad, a pesar de que la aptitud legal para contraer matrimonio es de 14 años la mujer y 15 años el varón,⁴⁷ éstos para poder celebrar de manera válida su matrimonio, requieren de la autorización o consentimiento de sus padres o tutores, ya sea suscribiendo el acta matrimonial al momento de su celebración o a mediante un instrumento público (autorización para contraer matrimonio), otorgada ante notario (a) público (a), pues en caso contrario, se tendría por nulo, es decir, por no celebrado, ya que con ello, se estaría violando una disposición legal expresa.

⁴⁶ Arto. 110 inco.1, Código Civil de Nicaragua

⁴⁷ Arto. 101 Código Civil de Nicaragua

Respecto a la **finalidad** que se persigue con el matrimonio, si bien el Código Civil no expresa nada respecto de este punto, la doctrina acepta en general que tal finalidad está constituida por el desarrollo entre los cónyuges de una comunidad de vida. En esta expresión, algo indeterminada, debe incluirse la convivencia de los cónyuges, compartiendo las cargas del matrimonio, apoyándose mutuamente y complementándose espiritual y corporalmente.

Aunque tal comunidad de vida se puede identificar, también con la formación de una familia (en el sentido expresado) esto no debe confundirse con la identificación de la finalidad del matrimonio con fines reproductivos. Si bien históricamente uno de los fines esenciales del matrimonio fue la unión carnal de los cónyuges con el objetivo de procrear y fundar una familia constituida por los cónyuges y sus hijos, en la actualidad ni es éste el fin del matrimonio, ni éste el concepto de familia que se baraja.

Ejemplo: Una pareja ha decidido unirse en matrimonio, sin embargo por acuerdo entre ellos, deciden voluntariamente no procrear hijos durante un período de tiempo, o de manera indefinida, por esta razón no dejaría de ser un matrimonio y consecuentemente gozar de la protección de las leyes y la sociedad.

En este sentido, la reproducción ha dejado de ser el objetivo buscado a través del matrimonio, como demuestra la equiparación en el Arto. 39.2 CE 27-12-78 de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales (lo cual supone una aceptación de la procreación fuera del matrimonio), así como el hecho de que con la reforma efectuada por la Ley 30/1981 de 7 julio, se eliminara como impedimento matrimonial la impotencia.

El concepto de familia que actualmente se utiliza no requiere la presencia de hijos junto con los cónyuges, sino que es suficiente con la pareja formada por el hombre y la mujer para predicar de esta unión el carácter familiar.

Por ello, el término matrimonio califica al pacto o acuerdo que se establece entre los contrayentes, a través del cual buscan establecer su unión bajo ciertas características y requisitos (matrimonio como acto generador). Pero, junto a ello, el matrimonio se denomina también al resultado de dicho pacto, es decir, al vínculo que se establece entre los cónyuges (matrimonio como efecto).

A la hora de celebrar el matrimonio, los contrayentes podrán consagrar su unión bajo cualquier forma, sea ésta la que, en su caso, establezca el derecho del Estado, sea la propia de alguna confesión religiosa o sea, incluso, una unión meramente consensual basada en la voluntad de unión de los contrayentes y en ocasiones, en la convivencia de los mismos.

El sistema matrimonial civil o sistema matrimonial civil obligatorio se define como:

Aquél sistema en el que únicamente tiene validez el matrimonio celebrado conforme a lo dispuesto por la legislación estatal. Consiguientemente, es el Estado el que regula los requisitos del matrimonio, su forma y en general, las condiciones necesarias para su validez y para su extinción. Igualmente, la competencia jurisdiccional respecto de las cuestiones que se planteen en materia matrimonial es asumida en exclusiva por el estado, que la ejerce a través de sus órganos jurisdiccionales.

Ejercicio

De acuerdo con lo analizado hasta ahora, escriba su reflexión sobre los elementos del matrimonio y la particularidad de los mismos.

¿Cuál es la Naturaleza Jurídica del Matrimonio?

La doctrina clásica ve en él un contrato que se requiere del acuerdo de los cónyuges. En cambio los cronistas lo sostuvieron para dignificar la unión del hombre y la mujer, superando los resabios de la coemptio y el usus romano, y para cambiar los matrimonios de conveniencia aprobados por los padres sin consultarle a sus hijos o hijas, pues el matrimonio debería tener como base el amor y la libre decisión de los interesados.

En la actualidad parece prevalecer la teoría del negocio jurídico, que es la categoría unitaria que engloba una serie de figuras distintas, de las que extrae elementos comunes, tratando de explicarlas a través del establecimiento de criterios generales y abstractos. Dentro de los negocios jurídicos, se califica al matrimonio como: negocio jurídico solemne (ya que exige una forma de celebración); de derecho privado (en tanto que es la voluntad de los particulares la que constituye la fuente de la relación jurídica que el matrimonio genera); bilateral (pues surge de un acuerdo de dos voluntades y genera obligaciones para ambas partes) y de derecho de familia (puesto que a través de él se regulan relaciones personales y familiares).

¿Cuáles son las características esenciales del matrimonio?

Una de las características básicas es que el matrimonio, implica la unión de un hombre y una mujer de la que se derivan derechos y deberes recíprocos. Es una unión permanente aunque hay disolución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento o mediante causales, ya que cuando dos personas se casan, en principio, lo hacen para toda la vida con el objetivo de pasar juntos las alegrías y tristezas que depare el destino aunque posteriormente se divorcien y contraigan nuevas nupcias, hay siempre un sentido de permanencia.

- a. Es monogámica, ya que sólo se concibe un vínculo matrimonial.
- b. Es legal. No basta la unión del hombre y la mujer, sino que se haya celebrado de acuerdo a la ley y ante la autoridad y funcionario competentes.

2. Evolución histórica

Para hablar del matrimonio es necesario recordar un poco la historia del origen de la familia, así estaremos refiriéndonos a:

- a. -Promiscuidad primitiva, impedía la determinación de la paternidad, por ende dificultaba la organización de uniones familiares estables y dio lugar a regular la filiación por la línea materna.
- b. -Matrimonio por grupo, o familia sindiásmica se observaba cierta promiscuidad aún, ya que los hombres se veían imposibilitados de sostener relaciones con las mujeres de su misma gens, al considerarse hermanos, por ello la filiación se determinaba por la línea matriarcal.

- c. -Matrimonio por Rapto, en esta etapa, las mujeres eran parte del botín de guerra y como tal se las distribuían los que resultaban vencedores en la contienda.
- d. -Monogamia. Con ella se manifestó la consolidación de la familia, en donde un hombre decidió tomar como mujer y compañera de vida a una sola, adquiriendo sobre ella, un derecho de propiedad, sometiéndose totalmente a la potestad del marido. La filiación empezó a determinarse por la línea paterna.
- e. -Matrimonio consensual. La pareja que se unía, expresaba libremente su voluntad de permanecer juntos y constituir un estado permanente de vida y de perpetuación de la especie.

Simultáneamente a esa evolución se fueron produciendo notables modificaciones en el Derecho, por cuanto se pretendió conceder a las relaciones concubinas ciertos efectos jurídicos, tales como la sucesión entre los amancebados y el reconocimiento de una sociedad de bienes entre ellos. En cuanto a los hijos, la tendencia es no establecer diferencia entre legítimos y naturales.

Son concubinos, los amancebados o "juntados" o amantes con cierta estabilidad y vida común.⁴⁸

Según el concepto romano, el matrimonio constaba de dos elementos esenciales:

- 1). El elemento físico: La conjunción del hombre con la mujer, unión de vidas manifestada por la inductio, causa de la cual se originaba la cohabitación fijaba el momento de inicio del matrimonio. La mujer quedaba sujeta al marido, compartiendo su posición.
- 2). El elemento intelectual o psíquico: Era la mera voluntad de crear y mantener vida en común, de formar una familia en forma definitiva y permanente. Esta institución sufrió la influencia de la lucha entre el Estado y la Iglesia, siendo elevado a la categoría de sacramento. Los esposos eran los ministros y el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia y el Estado.

Posteriormente se recobró el carácter laico del derecho matrimonial y la primacía de la jurisdicción del Estado. Así se reconocía al matrimonio como algo externo, un contrato originado en una manifestación de voluntades, muy diferente de los sacramentos religiosos, y su regulación correspondía al Estado, tal como es en la actualidad.

Los juristas liberales de la revolución francesa, se apoyaron en esta idea para que se realizara el divorcio, ya que como se trataba de un contrato, las partes podrían dejarlo sin efecto de común acuerdo.

Esta idea fue el origen de las teorías contractualistas del matrimonio, surgidas entre la doctrina canónica en el siglo IX y trasladadas posteriormente al ámbito civil, que sobre la base de que el mismo se constituye a partir de un acuerdo de voluntades, observaron las similitudes que dicha figura guardaba con el contrato, equiparándola al mismo. No obstante, la determinación de que el origen del matrimonio se encuentra en un acuerdo de voluntades, también abrió la puerta a la teoría del negocio jurídico, puesto que dicha categoría jurídica, dentro de la cual queda

⁴⁸ Diccionario Enciclopédico de Derecho usual. Guillermo Cabanellas, Luis Alcalá-Zamora

englobado el contrato, se establece igualmente a partir de un acuerdo de voluntades. Las diferencias entre ambas construcciones no son muy grandes, sino que es el carácter familiar del pacto matrimonial lo que va a determinar la definitiva adopción de una de ellas.

Estos teóricos parten de que el matrimonio surge esencialmente por la voluntad de los esposos, a partir de la cual se perfecciona el contrato matrimonial. La posible intervención en la celebración de otros sujetos no priva al acuerdo matrimonial de esta característica de pacto, puesto que dicha intervención tiene la única finalidad de conferir certeza y legitimidad a la unión.

¿Cómo fue la evolución del matrimonio en Nicaragua?

El Código Civil de 1867 se basó en las leyes coloniales españolas, que eran una combinación del derecho romano, el germánico, el feudal, el canónico y el consuetudinario. En lo relativo al derecho matrimonial, tenía el objetivo de someter a la mujer al dominio absoluto del hombre, se estableció por primera vez en ese mismo año, con carácter de perpetuidad y por consiguiente de indisolubilidad.

Así, en su Arto. 103 C. definía al matrimonio como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

El matrimonio debía ser celebrado ante la autoridad eclesiástica, creándose ipso jure (de mero derecho, en el acto), una sociedad de bienes bajo la administración del marido. La potestad del marido sobre la persona y bienes de la esposa implicaba que éste podía obligarla a vivir con él y a seguirlo a donde fuere y que ella no podía rehusarse, ni disponía libremente de sus bienes, ni estaba facultada para contratar por su propia cuenta.

La disolución matrimonial sólo era posible por la muerte de uno de los cónyuges, ya que el divorcio perpetuo, consistía en una separación permanente de cuerpos sometida a los preceptos del Derecho Canónico, no permitiéndose la celebración de un nuevo matrimonio. El hijo concebido durante el divorcio perpetuo era considerado ilegítimo a menos que se demostrara la reconciliación privada de los cónyuges. La embarazada recién divorciada debía denunciarlo al marido dentro de un plazo de treinta días a partir de la separación, y el marido tenía derecho a enviar una mujer para que sirviera de guardadora y atendiera el parto para garantizar la verdad sobre las circunstancias del parto y la identidad del bebé.

En 1897 se estableció el matrimonio por apoderado, debiendo éste ser del mismo sexo que el mandante, es decir, un hombre debía designar como apoderado a otro de su mismo sexo, al igual que una mujer, debía nombrar como apoderada, a otra mujer.

En 1898, ya bajo el régimen liberal de don José Santos Zelaya, se promulgó una ley que dejaba sin efecto civil el matrimonio religioso, reconociendo como válido sólo el celebrado por autoridades civiles.

El matrimonio se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges y por la disolución del vínculo matrimonial o sea el divorcio perpetuo, que se tramitaba ante la autoridad eclesiástica. Los efectos civiles del divorcio perpetuo, es decir, todo lo concerniente a los bienes conyugales, a la libertad personal de los cónyuges, a la crianza y educación de los hijos, eran regulados

privativamente por las leyes civiles, para solicitarlo se presentaba ante el Juez una copia de la sentencia eclesiástica que los había pronunciado.

En virtud del reconocimiento que el Juez daba a dicha sentencia se le restituía a la mujer sus bienes salvo que ella hubiera dado causa al divorcio por adulterio, en cuyo caso perdía a beneficio del marido todo el derecho a los gananciales y el marido conservaba la administración y usufructo de dichos bienes.

Además dicho Código establecía normas con respecto a la legitimidad de los hijos y todo lo relativo a éstos en el caso de divorcio, de manera que el hijo concebido durante el divorcio no podía ser reconocido como legítimo salvo que se demostrara reconciliación privada entre los cónyuges.

En el caso de la mujer recién divorciada o separada que se creyere embarazada, ésta debía "denunciárselo" al marido dentro de los primeros treinta días de separado.

Este divorcio perpetuo realmente era una separación permanente de cuerpo y no un divorcio como se conoce hoy en día porque al ser efectuado ante la autoridad eclesiástica, debía someterse al Derecho Canónico y éste no permitía la celebración de un nuevo matrimonio, sólo reconocía la muerte como causal de disolución del vínculo matrimonial.

El Código Civil promulgado en el año 1904, fue aprobado durante el régimen liberal del presidente José Santos Zelaya y como tal, introdujo conceptos modernos en lo referente al Derecho de Familia y en particular a la institución del matrimonio. Terminó con la injerencia eclesiástica estableciendo que el matrimonio: "Es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen por toda la vida y tienen por objeto la procreación y el mutuo auxilio" (Arto. 94 C. 1904). Al considerarse el matrimonio como contrato, debe precisamente celebrarse ante funcionarios del orden civil no produciendo efecto legal alguno el matrimonio religioso.

Salvo que hubiese capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge quedaba dueño y disponía libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio y de los que adquirió durante la convivencia matrimonial por cualquier título. Al efecto se entendía por capitulaciones matrimoniales, las convenciones matrimoniales que, en escritura pública, hacían los futuros contrayentes antes de la celebración del matrimonio civil. Tenían por objeto establecer el régimen económico de la sociedad, determinando los bienes que cada uno aportaba, las donaciones que el esposo hacía a la esposa y otras cláusulas patrimoniales de presente y para lo futuro. En algunas legislaciones se admite o se admitía la reserva de la mujer de administrar los bienes raíces llevados por ella al matrimonio, así como las donaciones que los esposos se dejasen por su fallecimiento....⁴⁹

En Nicaragua no existía obligatoriedad para la constitución de capitulaciones matrimoniales, es decir que los contrayentes eran libres de establecerlas o no. En la práctica y en los casos de disolución del vínculo matrimonial, se presentaban muchas dificultades para la distribución de los bienes habidos por la pareja mientras duró su unión.

El concepto básico del matrimonio como un contrato solemne no cambió de una legislación a otra y los fines fueron básicamente los mismos, sin embargo se introdujeron nuevos elementos que eliminando concepciones anteriores como lo relativo a la indisolubilidad del matrimonio, lo

⁴⁹ Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Manuel Ossorio. Editorial Heliasta. Buenos Aires, Argentina, 1994

que sentó las bases para la creación de la figura del divorcio visible en los arts. 160 C. y siguientes del Código Civil vigente. Eliminó la sociedad de bienes salvo que se dieron las capitulaciones correspondientes y la mujer disponía de su persona, pudiendo celebrar contratos. Señalaba que el marido era el representante de la familia y mantuvo la obligación a la mujer de seguir al marido donde quiera que trasladara su residencia. De igual manera, concedía la patria potestad sobre los hijos al marido y sólo en defecto del padre a la madre.

Con ello despojó de efecto legal alguno al matrimonio religioso autorizado. De igual manera, la Iglesia no reconocía matrimonio que no fuera el religioso, viendo como concubinos (relación pecaminosa o prohibida), a los casados sólo civilmente. Sin embargo, en 1926, bajo la administración conservadora, el Estado reconoció los efectos civiles del matrimonio religioso mediante la inscripción del mismo en el Registro del Estado Civil de las Personas por el párroco oficiante, manteniéndose el matrimonio civil.

El Código de 1904 se diferencia de lo dispuesto por el Código de 1867 en cuanto al matrimonio en que elimina la indisolubilidad del vínculo y la sociedad de bienes ipso jure; la esposa puede disponer libremente de sus bienes y contratar. Sin embargo se sigue reconociendo al marido como jefe de la familia y a quien le compete el ejercicio de la patria potestad.

En síntesis:

De conformidad con los Arts. 94 y 95 C., la naturaleza jurídica del matrimonio es contractual e implica la voluntad de las dos partes.

A este enfoque contractualista se le hacen dos críticas fundamentales:

- No da cabida a la participación del oficial ante quien se realiza el matrimonio, siendo que su declaración al igual que la de los contrayentes- es constitutiva. Su participación perfecciona el contrato como si fuera parte del mismo.
- El matrimonio es incoherente con los principios contractuales pues no admite ni atribuye fuerza alguna a la promesa de futuro contrato (Art. 92 C).

El Código Civil actual ha sufrido varias modificaciones en lo relativo al matrimonio, estando derogados los: Arts 44 C, referido al domicilio de la mujer casada que tiene el de su marido, 160 C y 161 C., relativos a las causales de disolución del matrimonio y 185 al 193 C., referidos a la separación de cuerpos.

Ejercicio El divorcio se refiere a las formas de disolución del vínculo matrimonial, además de la muerte, establece que puede darse por mutuo consentimiento, por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio y el divorcio por causas taxativas que se promulgaron en el Código Civil de 1904. Es competente la autoridad civil para conocer de estas demandas.

3. Requisitos y trámites para la celebración y validez del matrimonio

¿Cuáles son los requisitos para celebrar el matrimonio?

El requisito fundamental, es el acuerdo de voluntades de los futuros esposos. Existen además otros requisitos de fondo y de forma.

Los requisitos de fondo se dividen en:

- **Positivos**, todas las cualidades que deben reunir los novios para contraer válidamente el matrimonio y
 - **Negativos**, que no son más que los impedimentos para contraer matrimonio.
- a. Los primeros requisitos: tienen por objeto asegurar el respeto y la consideración de los intereses de la sociedad, de los esposos y de la familia, y son:
- 1). El consentimiento de los contrayentes: El varón de 18 años o declarado mayor y la mujer de 21 o declarada mayor pueden declarar libremente su consentimiento. Las diligencias de celebración del matrimonio pueden realizarse a través de un apoderado especialísimo; una vez celebrado el matrimonio por poder, este no necesita ser revocado pues concluido el mandato terminan las facultades. Si al celebrarse el matrimonio por poder el mandato ha sido revocado, aquel es inexistente.
 - 2). El consentimiento de los padres, abuelos o representantes: De los menores o no declarados mayores, de acuerdo al interés de la familia como instrumento de consolidación.
 - 3). La aptitud física de los contrayentes: Es decir la capacidad biológica para llevar a término los fines procreativos del matrimonio, y que el Código Civil establece a los 15 años para el varón y a los 14 para la mujer.

La situación jurídica del matrimonio celebrado sin la observancia de los requisitos positivos de fondo es la siguiente:

- a). La ausencia de requisitos positivos da lugar a los requisitos negativos de fondo llamados impedimentos relativos (no tener la edad requerida, por ejemplo y que pueden ser revalidados a favor de los esposos (Arto. 115 C).
 - b). A falta de permiso de los padres o representantes legales, el matrimonio es válido, pero los contrayentes quedan sujetos a las penas señaladas en el Código Penal. El Juez que lo celebró queda sujeto a multa e inhabilitación del ejercicio de 1 a 3 años.
- b. Los requisitos negativos de fondo son los impedimentos para contraer matrimonio y se clasifican en tres categorías: absolutos, relativos y prohibitivos.
- 1). Son impedimentos absolutos, Arto 110 C:
 - a). El de la persona ligada por matrimonio anterior.

- b). El de parentesco entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad.
- c). El de parentesco entre hermanos.
- d). El de homicidio entre el autor o cómplice de la muerte de uno de los cónyuges y el cónyuge sobreviviente.
- e). El del condenado por adulterio y su cómplice.

2). Son impedimentos relativos, Arto. 111 C.:

- a). El de error en la persona, violencia o miedo grave.
- b). El del loco o incapaz mental al celebrarlo.
- c). El no tener la edad requerida.
- d). El de impotencia física, patente, perpetua e incurable anterior al matrimonio.

3). Son impedimentos prohibitivos:

- a). El del varón menor de 21 años y la mujer menor de 18 o no declarados mayores, sin consentimiento de sus representantes legales.
- b). El de la mujer antes de los trescientos días de la disolución del matrimonio anterior.
- c). El del guardador o cualquiera de sus descendientes con el pupilo o pupila, mientras no se halla rendido cuentas de la guarda.
- d). La falta de publicación previa o dispensa de los edictos legales.

¿ Qué pasa si se incumple con los requisitos negativos de fondo?

La situación jurídica de los matrimonios contraídos a pesar de la existencia de requisitos negativos de fondo son los siguientes:

- En el caso de los impedimentos absolutos, el matrimonio es totalmente nulo, no existe la posibilidad de subsanarlos y la nulidad puede ser declarada de oficio si resulta de los mismos autos.
- Los impedimentos relativos están determinados por incapacidades de facto o jure preexistentes o simultáneas a la realización del matrimonio. La nulidad del matrimonio celebrado bajo estas condiciones es igualmente relativa porque si no se le impugna dentro del término de tiempo de ley se tendrá por firme. Sólo puede ser declarada la nulidad a pedido de las personas interesadas conforme la ley.
- Los matrimonios celebrados a pesar de la existencia de impedimentos prohibitivos es válido, pero los contrayentes quedan sujetos a las penas señaladas en el Código Penal.

¿ Cuáles son los requisitos de forma?

Los requisitos de forma son:

- La competencia, que recae sobre el Juez del Distrito de lo Civil o Local del domicilio de los contrayentes, y el notario con diez años de ejercicio, según Ley No. 139- Ley que le da mayor utilidad a la institución del notariado, 1992.
- La solicitud, por un procedimiento de administración pública.
- La presencia de dos testigos idóneos que certifiquen la libertad de estado y la aptitud legal de los contrayentes.
- La presentación del documento notariado que demuestre el permiso para contraer, si lo necesitasen. La competencia por razón de edad.
- La partida de nacimiento o cualquier otra prueba que demuestre la competencia por razón de edad.
- La certificación de la sentencia ejecutoriada que apruebe las cuentas del guardador, en su caso.
- La prueba de viuda y, en el caso de la mujer, la prueba de que puede casarse.
- La prueba de haber, en el caso de que el viudo o viuda que tengan hijos de matrimonio anterior, practicado el inventario solemne de los bienes que este administrando y pertenezcan a los hijos como herederos del cónyuge difunto, o en su defecto la constancia de no haber bienes o la negativa de hijos.

Veamos algunos procedimientos de los requisitos de forma

En cuanto al procedimiento debemos decir que, quienes quieran contraer matrimonio deben recurrir ante el Juez de lo Civil Local o del Distrito o ante Notario de la localidad, debidamente autorizado por Ley No. 139, Ley que le da Mayor Utilidad a la institución del Notariado del año 1992, cumpliendo para ello, los requisitos formales que determinan la aptitud y la falta de impedimentos para contraer el matrimonio, según lo indicado en el siguiente formato.



DILIGENCIAS MATRIMONIALES

Solicitud No.

Señora Notaria Pública
 Doctora **MARIA AUXILIADORA MEZA GUTIÉRREZ**

No.

Nosotros: _____, de _____ años de edad, _____, con cédula de identidad No. _____, nacido en _____, Departamento de _____, hijo de los señores: _____ y _____ y _____, de _____ años de edad, _____, con cédula de identidad No. _____, nacida en _____, Departamento de _____; hija de los señores: _____ y _____; ambos de nacionalidad nicaragüense, solteros, mayores de edad y de este domicilio, ante usted con el debido respeto comparecemos y exponemos que: Hemos **ACORDADO unirnos en MATRIMONIO CIVIL** por lo que solicitamos que previo a los trámites de ley, reciba la prueba testifical que presentaremos de conformidad con el siguiente interrogatorio:

- 1.- Sobre generales de ley.
- 2.- Digan los testigos si es cierto o no, que por el conocimiento que tienen de nosotros, les consta que no existe ningún impedimento para contraer matrimonio.
- 3.- Digan los testigos, si es cierto o no, que por el conocimiento que tienen de nosotros, desde hace más de diez años, les consta que son ciertos todos los datos personales que mencionamos en la presente solicitud.

Señalamos para oír notificaciones nuestra casa de habitación bien conocida en esta ciudad por su Notaría.

Managua, _____ de _____ del año dos mil _____.

 Firmas de los contrayentes

Presentado personalmente por sus firmantes, a las _____ de la _____ del día de su fecha.

Managua, _____ de _____ del año dos mil _____. A las _____ minutos de la _____. Recíbase la prueba testifical ofrecida al tenor del interrogatorio que antecede en días y horas hábiles.

En la ciudad de Managua, a las _____ minutos de la _____ del día _____ del año dos mil _____, en esta Notaría notifiqué personalmente a los solicitantes, leyéndoles íntegramente el auto que antecede y entendidos excusaron firmar.

En la ciudad de Managua, a las _____ minutos de la _____ del día _____ de _____ del año dos mil _____, presente ante la suscrita Notaría Pública que autoriza: _____, estado civil, profesión u oficio, mayor de edad, del domicilio de _____, quien se identifica con Cédula No. _____, con el objeto de rendir declaración como testigo. Al efecto tomé la promesa de ley y previa explicación de las penas del falso testimonio en materia civil, ofreció decir verdad, ser imparcial y preguntado en conformidad al interrogatorio que antecede, dijo: A la primera que ya dejó contestada; a la segunda, que es cierto y que le consta y a la tercera, que también es cierto. Leída la presente acta, se encuentra conforme, se aprueba y firmamos.

X _____ X _____
En la ciudad de Managua, a las _____ minutos de la _____ del día _____ de _____ del año dos mil _____, presente ante la suscrita Notaría Pública que autoriza: _____, estado civil, profesión u oficio, mayor de edad, del domicilio de _____, quien se identifica con Cédula No. _____, con el objeto de rendir declaración como testigo. Al efecto tomé la promesa de ley y previa explicación de las penas del falso testimonio en materia civil, ofreció decir verdad, ser imparcial y preguntado en conformidad al interrogatorio que antecede, dijo: A la primera que ya dejó contestada; a la segunda, que es cierto y que le consta y a la tercera, que también es cierto. Leída la presente acta, se encuentra conforme, se aprueba y firmamos.

X _____ X _____

Una vez admitida la solicitud, se manda a publicar un edicto, el que se fija en el edificio municipal y en otros lugares frecuentados. **Disposición, que no se cumple desde el año 1979.**

El objeto del edicto es dar a conocer al público el matrimonio en ciernes para que quien se crea con derecho a impedirlo se oponga en un término de quince días, o para que cualquiera se presente a denunciar los impedimentos. Si se presenta oposición se traslada a los interesados por tres días, y se conceden ocho días para prueba, pasados los cuales se resuelve si la oposición o denuncia es fundada. Esta resolución es apelable ante la Sala de lo Civil de la Corte de Apelaciones. Vencido el término del edicto se procede a la celebración del matrimonio, pero si pasan seis meses sin verificarse, caduca la solicitud.

¿ Cuáles son las formalidades de la celebración del matrimonio?

Al inicio del acto y en presencia de dos testigos, el Juez o Notario autorizante pregunta a los contrayentes si de su libre y espontánea voluntad se unen en matrimonio, y al asentir los declara unidos en matrimonio, de todo esto se levanta acta, con la hora, fecha y lugar, las generales de los contrayentes y las firmas de los testigos.

Ejercicio

Elabore con todos los detalles, las diferentes actas que exige una diligencia matrimonial

4. Variantes o Tipos de matrimonio

La tipología de los matrimonios se designa por las circunstancias particulares en que éste se celebra y mediante la presentación u omisión de los documentos exigidos por la ley, así tenemos: Matrimonio por Poder, Matrimonio Putativo, Matrimonio in artículo mortis o in extremis y Matrimonio en el extranjero. En el orden nos referimos a ellos de la manera que sigue:

- a. **Matrimonio Por poder.** En este matrimonio para su celebración, se habilita mediante un poder especialísimo a otra persona del mismo sexo del mandante, para la celebración del acto. El instrumento se realiza en escritura pública, que puede ser revocada antes de la celebración del matrimonio. Si se da el matrimonio con el mandato ya revocado el acto se considera nulo. El Arto. 98 C. textualmente dice: "Las diligencias para contraer matrimonio pueden seguirse por medio de apoderado, y el matrimonio mismo, también puede contraerse por apoderado, especialmente autorizado al efecto; pero el mandatario deberá ser del mismo sexo que el mandante y el poder para el matrimonio conferido por escritura pública, con indicación de la persona con quien se va a contraer" (Tomado de Ley de 2 de octubre de 1897).
- b. **Matrimonio putativo o aparente.** Se llama así el celebrado por autoridad competente ante la existencia de un impedimento dirimente, pero que, por haber sido contraído de buena fe por parte de ambos cónyuges, se tiene como válido hasta el momento de ser declarado nulo y produce efectos civiles en relación con las personas y con los bienes de los cónyuges, y también en relación con los hijos, que tendrán la condición de legítimo.⁵⁰

Es aquel en que uno o los dos cónyuges han creído por error que lo han contraído válidamente, cuando en realidad existían impedimentos, es indispensable que exista la buena fe. El error puede ser de hecho o de derecho. Arto. 107 C." El matrimonio declarado nulo si fue contraído de buena fe, produce efectos civiles, lo mismo respecto de los cónyuges que respecto de los hijos, aún cuando hayan nacido antes del matrimonio, si fueron reconocidos con anterioridad a su anulación.

Si únicamente uno de los cónyuges hubiere procedido de buena fe, el matrimonio no produce efectos civiles más que en su favor y en el de sus hijos. Las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio.

Las consecuencias derivadas del matrimonio putativo son entre otras, las siguientes:

- 1). La nulidad deja de ser una verdadera nulidad.
- 2). En virtud que no rige la retroactividad, es una excepción al principio de retroactividad de la sentencia que declara la nulidad del matrimonio.
- 3). La mayor parte de los matrimonios nulos pueden declararse putativos.
- 4). Los hijos son reputados legítimos.
- 5). Los hijos concebidos antes y nacidos durante el matrimonio antes o después de ser declarado nulo son legítimos.

⁵⁰ Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Manuel Osorio 21a Ed. Buenos Aires, Heiasta, 1994.

- c. **Matrimonio in articulo mortis o in extremis.** Es el que se efectúa cuando uno de los contrayentes está en peligro de muerte o próximo a ella, circunstancia que permite omitir determinadas formalidades exigidas normalmente.⁵¹

De lo anterior se desprende que este tipo de matrimonio puede celebrarse sin que se presenten los documentos de Ley ni se publiquen los edictos, siempre y cuando uno de los novios se encuentre en inminente peligro de muerte. El Juez o funcionario autorizante, corroborará esta situación con el dictamen oral del forense o de otro facultativo, y celebrará el matrimonio señalando en el acta respectiva, la circunstancia. De ser posible el acta es firmada también por el facultativo. Si fallece uno de los cónyuges, el Juez de Oficio o a pedimento de parte, agregará al expediente copia del acta de defunción, y el matrimonio será válido, si la muerte ocurrió antes de transcurrido un mes de la celebración.

Si no hay muerte, se dispondrá de un mes para la presentación de los documentos que se anexarán al expediente y se declara válido el matrimonio, en caso contrario éste es nulo. Art. 130 C., que a la letra dice: "No obstante la prohibición del Arto. 118, el Juez autorizará el matrimonio del que se halle en peligro de muerte, aunque no se le presenten los documentos de que habla el dicho artículo. El matrimonio así contraído se entenderá condicional, y será válido, si muere uno de los contrayentes, con tal que no haya entre ellos impedimentos absolutos, o si dentro de un mes contado de la celebración del acto, se presentan los referidos documentos. No haciéndose la presentación dentro de este plazo, se tendrá por nulo." Tal disposición se encuentra contenida en el Arto. 26 de la Ley Reglamentaria del Matrimonio, publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 82 del 29 de septiembre de 1984, y el procedimiento en el Arto. 581 Pr.

- d. **Matrimonio en el extranjero.** Entre los estudiosos del Derecho Internacional se ha admitido, con criterio casi unánime, que la lex loci celebrationis rige tanto las formalidades que atañen a la celebración del matrimonio cuanto lo relativo a la capacidad de los contrayentes.⁵²

Se realiza ante el Agente Diplomático o Cónsul de Nicaragua con arreglo a nuestras Leyes, en correspondencia con el Arto. 42 del Código de Bustamante. Debe presentarse el acta del matrimonio en el Registro del Estado Civil de las Personas dentro de los tres meses de su vuelta al país. Arto. 103 y sigts. C. estableciendo el primero de estos artículos: "El matrimonio celebrado en el extranjero entre nicaragüenses o entre nicaragüenses y extranjeros, también producirá efectos civiles en territorio nicaragüense si se hace constar que se realizó con las formas y requisitos que en el lugar de su celebración establecen las leyes y que el nicaragüense no ha contravenido las disposiciones de este código relativas a la aptitud para contraer matrimonio y a los impedimentos absolutos." "Arto.104.- Es válido el matrimonio contraído en el extranjero por un nacional, ante el Agente Diplomático o Cónsul de la República con arreglo a las leyes del país en que se celebró, surtirá todos los efectos civiles en Nicaragua".

⁵¹ Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Manuel Ossorio. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1994.

⁵² Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Manuel Ossorio. Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1994.

Sinteticemos:

Según el Arto. 72 de la norma fundamental de la República, éste debe ser heterosexual, ausente de vicios, mediante la voluntad libremente expresada por ambos cónyuges, ante funcionario autorizado para su celebración y validez. Su objeto es, fundar una familia, establecer comunidad de vida permanente entre un hombre y una mujer.

Son autoridades competentes para su celebración:

- Juez Civil local o de Distrito,
- Notario (a) con 10 años de ejercicio profesional
- Cónsul debidamente acreditado.

En el cuadro siguiente se resumen los elementos de validez para la celebración del matrimonio, así como para la celebración de los matrimonios especiales

Elementos De Validez	Capacidad: Edad núbil (14 y 15 años)	
	Ausencia de vicios	{ Error de identidad Violencia
	Licitud	{ Ausencia de impedimento (prohibiciones legales)
	Formalidades	{ Anteriores a la celebración Coetáneas a la celebración
Especiales		
-Matrimonio por poder		
-Realizado en país extranjero		{ Por nicaragüenses Por nicaragüense y extranjero Por extranjeros
-In Artículo Mortis		
-Putativo		

5. Impedimentos matrimoniales y nulidad

¿Cuáles son los principales impedimentos para contraer matrimonio?

Los requisitos negativos de fondo, como ya se dejó dicho, son los impedimentos para contraer matrimonio, los cuales se encuentran regulados en los Artos. 110, 111 y 112 C., por lo que hace a la nulidad del matrimonio, ésta se tramita conforme lo dispuesto por los Artos. 194 al 198 C, y 1622 Pr.

La situación jurídica de los matrimonios contraídos a pesar de la existencia de requisitos negativos de fondo son los siguientes:

- a. En el caso de existir impedimentos absolutos, el matrimonio es totalmente nulo, no existe la posibilidad de subsanarlos, nulidad que puede ser declarada de oficio si resulta de los mismos autos, tal como se deriva de lo dispuesto por el Arto. 194 C., que a la letra dice: "La nulidad del matrimonio por la existencia de cualquiera de los impedimentos absolutos, puede declararse aun de oficio, como se dispone en el Art. 114, por autoridad competente, esta autoridad será el respectivo Juez de lo Civil del Distrito, haya celebrado él o un Juez Local el matrimonio. Procediendo de oficio, dictará el fallo previa una información sumaria, y enviará las diligencias en consulta a la correspondiente Sala de lo Civil.

Del mismo modo se procederá en el caso de nulidad proveniente de no haberse celebrado el matrimonio ante el funcionario competente, o de haberse celebrado sin presencia de dos testigos idóneos."

Así mismo, en los artículos siguientes se expresan los impedimentos y causas de nulidad del matrimonio.

Arto. 1622 Pr. "Cuando en virtud de lo dispuesto en el Arto. 194 C., el Juez procede de oficio en la declaración de nulidad del matrimonio, se oirá a los interesados, si estuvieren presentes, dándose audiencia al Ministerio Público como en el caso del Arto. 197 C.", éste último se refiere a las demandas de nulidad de matrimonio, que transcribimos a continuación:

Arto. 197 C. Las demandas de nulidad del matrimonio, se promoverán por escrito ante el Juez de Distrito de lo Civil, con audiencia del Ministerio Público, y se observarán los trámites ordinarios, concediendo a las partes los recursos legales.

En el caso de que las partes no interpongan apelación o súplica, las Cortes de Apelaciones, Sala de lo Civil y la Corte Suprema, en su caso, conocerán de la resolución definitiva, con audiencia del Ministerio Público, como queda dicho en el Arto. 192."

- a. En cambio ante los impedimentos relativos los mismos están determinados por incapacidades de facto o jure preexistentes o simultáneas a la realización del matrimonio. La nulidad del matrimonio celebrado bajo estas condiciones es igualmente relativa ya que de no ser impugnada dentro del término de ley, se tendrá por firme. En este caso la nulidad sólo puede ser declarada a pedido de las personas interesadas conforme la ley. El Arto. 195 C., establece quienes pueden demandar tal nulidad, así: "La nulidad de los matrimonios por la existencia de cualquiera de los impedimentos relativos enumerados en el Arto. 111, puede demandarse:

- 1). En el caso primero, por el contrayente víctima del error, violencia o miedo grave.
- 2). En el caso segundo, por cualquiera de los cónyuges o por el padre, madre o guardador del incapacitado.
- 3). En el caso tercero, por el padre o madre o guardador del menor, o por éste asistido de un guardador especial.
- 4). En el cuarto, por el otro cónyuge en conformidad con la fracción final del Art. 115."

El matrimonio celebrado a pesar de la existencia de impedimentos prohibitivos es válido, pero los contrayentes quedan sujetos a las penas señaladas en el Código Penal. Es importante destacar que quedan a salvo los derechos de los descendientes aún cuando se declarara con lugar la nulidad del matrimonio.

¿Porqué hablar de nulidad del matrimonio?

Bueno es necesario abordar este aspecto, ya que se trata de decir que el matrimonio celebrado no tiene validez y por tanto, carece de efecto legal alguno entre los miembros de la pareja, no así con respecto a los hijos e hijas.

Esta nulidad podrá declararse de oficio por la autoridad competente, que es el juez o jueza de distrito para lo civil de la localidad donde se celebró o donde la pareja ha fijado su domicilio; también cabe su declaración a petición de parte interesada, porque el mismo se ha celebrado en presencia de algún impedimento.

Su diferencia con respecto al divorcio radica en que para que opere el DIVORCIO, debe calificarse el matrimonio como válidamente contraído, no así en la NULIDAD, donde se le tiene a éste como que nunca se contrajo, no sólo por la existencia de los impedimentos a que se refieren los Artos. 109 y sigts. C., sino porque el mismo se contrajo a pesar de tales impedimentos (absolutos, relativos y prohibitivos).

La declaratoria de NULIDAD, no afectará a los hijos o hijas si hubieren, así como a las promesas hechas al cónyuge inocente, quien podrá ejercer su derecho a reclamación. De manera que al igual que el matrimonio el divorcio deja incólume los derechos y obligaciones respecto a los hijos e hijas menores de edad, la nulidad del matrimonio debidamente declarada, también hace que subsistan tales derechos y obligaciones.

Del procedimiento para invocar la nulidad, se ocupan los Artos. 194 al 198 C. y Artos. 1617 al 1622 del Pr.

Resumen

En este apartado analizamos todo lo concerniente al matrimonio, desde su aspecto conceptual, los elementos que lo integran, tales como el consentimiento de la pareja, así como la aptitud legal, los requisitos para la celebración del mismo, los impedimentos matrimoniales y los funcionarios facultados para su celebración. De igual manera, se ha planteado lo relativo a los matrimonios especiales, sus características y efectos, tal como la validez, nulidad de los mismos y efectos que produce el matrimonio en general y en particular con respecto a los cónyuges, y a los hijos e hijas.

También en este capítulo nos hemos ocupado de la Nulidad del Matrimonio y del procedimiento existente para su declaratoria, el cual a diferencia del divorcio, considera inexistente el matrimonio celebrado ante la presencia de impedimentos matrimoniales, sin embargo surte efectos en cuanto a las obligaciones derivadas de la filiación.

Actividad de autoaprendizaje No. 1

1. Redacto un concepto de familia
2. Establezco ¿Cuál es la relación de la familia con la sociedad?
3. ¿Por qué el Estado protege a la familia?
4. Enumero al menos cuatro deberes jurídicos que tiene la familia en Nicaragua
5. ¿Cuáles son las funciones básicas de la familia? Escriba dos ideas principales de cada una de ellas
6. Identifico las Instituciones del derecho de familia reconocidas en la Constitución Política
7. Elaboro un esquema que exprese los derechos más conocidos y/o protegidos por la legislación nicaragüense en esta materia.
8. Tienen derecho los niños, niñas y adolescentes? Explique en qué consisten éstos.
9. Explico las formas de matrimonio que existen en Nicaragua
10. Respondo:
 - a) ¿Qué certificaciones o documentos se deben presentar ante la autoridad competente para contraer matrimonio?
 - b) Funcionarios autorizados para su celebración
11. Enriquezco mis conocimientos con las respuestas que figuran al final de la presente unidad en las páginas 236-237.

D. UNIÓN DE HECHO ESTABLE

Unión de Hecho Estable. Tipo de familia
reconocida por el arto 72 Cn.

Para abordar este tema, haremos referencia a la relación concubinaria o de amancebamiento como históricamente se le conoce y denomina a las uniones libres en que no media el matrimonio. Es aquella que establece un hombre y una mujer, sin estar unidos por el vínculo matrimonial. Situación como éstas, seguramente conocerá muchas en su comunidad. Iniciemos pues su estudio partiendo de Las Uniones No Matrimoniales como, antecedentes directos de la Unión de Hecho⁵³

Para poder mostrar el proceso evolutivo de la Unión de Hecho, es necesario reconocer algunas formas de uniones sexuales fuera del matrimonio que han existido antes y ahora y en todos los niveles sociales y económicos.

1. Un nuevo paradigma de familia.

Desde las sociedades promisorias y principalmente desde la creación de una, dos o más familias fuera de los beneficios del matrimonio, a través de la historia, estas uniones han tomado diferentes elementos, características y nombres, entre ellos se destacan:

CONCUBINATO

Etimológicamente este término alude a la comunidad de hecho. Esta voz sugiere una modalidad de las relaciones sexuales mantenidas fuera del matrimonio, como una expresión de la costumbre⁵⁴.

Para Martha Morineau Iduarte, es la unión marital de orden inferior al iustum matrimonium, pero al igual que éste es de orden monogámico y duradero de igual modo reconocido por la ley. Siendo ésta de carácter pasajera, las relaciones eran consideradas ilícitas.⁵⁵

En cambio para Luis Mouton y Ocampo, es una unión carnal no legalizada, pero duradera, continua, persistente, es larga cuando no es de perpetua duración, realizada o convenida entre un hombre y una mujer libre a falta únicamente de estar santificada por el matrimonio.⁵⁶

Para el derecho eclesiástico, el concubinato es la unión ilícita entre solteros que hacen vida marital. La iglesia en todo tiempo censuró estas uniones y las castigó; cuando era un verdadero matrimonio reducido a la simplicidad del derecho natural, omitiendo las solemnidades del derecho positivo.

⁵³ Trabajo de Personas y Familia. 21 de noviembre 2001

⁵⁴ Enciclopedia Jurídica OMEBA. Claus Cons. Tomo III Argentina Editorial bibliografía, impreso en Argentina.

⁵⁵ Derecho Romano. Iduarte Martha Moriniau, iglesia Rosales Ramón.

⁵⁶ Enciclopedia Jurídica Española, Luis Mouton y Ocampo entre otros, Tomo VIII Barcelona, Pág. 104

Los atenienses conocían el concubinato como unión legal de inferior rango que el matrimonio. Aunque algunos autores afirman que el ciudadano podía mantener simultáneamente esta unión con la matrimonial; otros entienden que las leyes y sobre todo las costumbres helénicas lo prohibían.

En el Derecho Romano como consecuencia de las distintas etapas históricas tuvo diferentes manifestaciones:

- a. Concubinato clásico, una unión autorizada, aunque ilegítima, de varón y mujer siendo esta última definida como una mujer soltera que vivía con alguien como si fuera casada..., tener concubina no era contrario a la moral romana..., para la mujer tampoco era un estigma deshonoroso ser concubina y se recurrió a éste en los casos en que el matrimonio estaba legalmente prohibido.
- b. Constantino, posteriormente prohibió al hombre casado tener al mismo tiempo una concubina, aunque no hizo lo mismo con el hombre soltero, y conservó hasta la época de Justiniano la posibilidad de tener varias concubinas a la vez.
- c. El Cristianismo, influyó en la regulación del concubinato por la Legislación Justiniana: “mientras los Cristianos repugnaban las leyes pertenecientes al concubinato, encontraban al mismo tiempo, bárbaro y pecaminoso que los padres no tuviesen ninguna obligación con los hijos naturales”.

El estado legal del concubinato en tiempos de Justiniano era el siguiente: sólo era posible con mujeres libertas o ingenuas de mala reputación.

El Derecho Mosaico, reconocía el concubinato coexistiendo con el matrimonio y admitía además la poligamia – 4 mujeres, regla luego adoptada por El Corán. El concubinato era concebido además, como una relación entre un amo y una esclava y no variaba un ápice la relación de esclavitud.

Ante el Derecho Canónico, suele hablarse de concubinato con referencia del hombre y la mujer que estando unidos en matrimonio válido, mantienen relaciones sexuales extramatrimoniales con terceras personas fuera del lecho conyugal. La historia del desarrollo de la vida del hombre y de la mujer sobre el planeta, en las diferentes épocas por las que ha pasado la humanidad, está intrínsecamente vinculada a la relación de pareja

En Colombia por **ejemplo**, se le ha llamado de distinta manera:

BARRAGANÍA Significa contrato de amistad y compañía cuyo principal objetivo significa permanencia y fidelidad. Su etimología proviene del árabe Barra= fuera, Gana =ganancia. Concepto equivalente “sin ganancia”. Su naturaleza y estructura recuerda el concubinato romano, fue tolerado para evitar la prostitución y merecía la tutela jurídica, se requería entre otras cosas la actitud nupcial de la mujer y del que la tomara (solteros, únicos y la barragona no debía ser virgen, ni menor de 12 años o viuda honesta).

AMASIATO. Trato ilícito habitual de hombre y mujer en algunos países de América Concubinato.

QUERIDA. Unirse con querida.

CONTUBERNIO. Compañerismo. Se llamaba así a aquella unión de carácter marital existente entre esclavos o entre un libre y un esclavo. No tenía consecuencias jurídicas de ninguna especie y los hijos nacidos de tal unión seguían la condición de la madre.

ARREGLO. Convivencia.

LÍO. Embrollo con mujer

UNIÓN DE HECHO. Situación de hecho en que se encuentran un hombre y una mujer conviviendo establemente al modo conyugal, pero sin contraer matrimonio.⁵⁷

Es la Unión Estable de un hombre y una mujer en estado conyugal aparente o de hecho, ello es, sin atribución de legitimidad, pero con aptitud potencial a ello.⁵⁸

Esas uniones consensuales han tenido otros diferentes e innumerables denominaciones, que varían de país en país, como las de concubinato y barraganía, ya abordados; socia de asiento, matrimonio por comportamiento, etc.; asimismo sus efectos jurídicos han variado en el tiempo, pasando por ser aceptadas y reconocidas progresivamente, desde la década de 1940, como auténticos matrimonios por casi una decena de países de América Latina (Cuba, Honduras, Guatemala, Panamá, Bolivia, Brasil, El Salvador, Costa Rica, etc.)

Fueron objeto de sanción penal y de excomunión, a partir del Concilio de Trento del año de 1563 y la subsiguiente legislación napoleónica, que alcanzó a los países Europeos y posteriormente con la conquista y colonización, a América Latina.

Ha existido la tendencia a resistirse a legislar sobre las uniones no matrimoniales y como consecuencia, la resistencia a legislar sobre los hijos e hijas, producto de aquellas. A pesar de que las uniones de hecho siempre han sido una realidad social. **¿Porqué entonces negarles el amparo jurídico?** cuando por **ejemplo** en Colombia estas alcanzan un 45.55, en Panamá un 46% desde el año de 1946, cuando se les protegió como matrimonios de hecho a nivel constitucional, si cumplían los requisitos de singularidad, estabilidad, capacidad legal y tiempo.

Obviamente, las uniones de hecho no deben pasar inadvertidas para el Derecho, cuando las parejas libres de impedimentos desarrollan sus vidas como si estuvieran casadas. Hay temor y hasta vergüenza de proteger a las uniones de hecho, dada la protección a ultranza que en un pasado se hizo del matrimonio, en cuanto a institución jurídico-religiosa, dado que esas uniones eran consideradas como contrarias al orden público y las buenas costumbres.

No podemos subordinar el matrimonio, ni la familia, a las concepciones religiosas, ya que no somos Estados confesionales y las uniones consensuales merecen un abordaje, objetivo y científico.⁵⁹

Las uniones libres o uniones consensuales, entre un hombre y una mujer, en las que no median impedimentos matrimoniales, se les ha denominado uniones libres; pero que conforme a la legislación constitucional y familiar de Panamá reciben la denominación de Matrimonios de Hecho. Así lo define el artículo 53 del Código de la Familia que al respecto preceptúa:

⁵⁷ La Unión Marital de Hecho del Dr. Manuel Peña Bernaldo de Quiros

⁵⁸ Del Dr. Eduardo A. Zannori.

⁵⁹ Uniones de Hecho Sus nuevos paradigmas. Ulises Pitti., 1998

“La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco (5) años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad surtirá todos los efectos del matrimonio civil”.

Ahora bien, para que el matrimonio de hecho se configure como tal tienen necesariamente que darse adicionalmente a los requisitos exigidos, que el mismo sea formalizado su inscripción en el Registro Civil o bien que habiendo fallecido uno o ambos convivientes, se solicite el reconocimiento judicial post-mortem, para los efectos de reclamar derechos sucesorios o de alimentos.

La legislación de familia vigente en Panamá, establece que aunque dichas uniones no se inscriban como matrimonios de hecho, éstas tienen los mismos efectos patrimoniales que los de la pareja matrimonial, fueron reconocidas por primera vez mediante la Ley 24 de 1941, que le confirió efectos patrimoniales a las uniones, constituidas por familias pobres del agro, sin distinguir si se trataba de uniones libres o no, o matrimonios civiles.

La legislación panameña y de América Latina en materia de familia ha ido avanzando progresivamente, desde la década de 1940, reconociéndole como corresponde mayores efectos jurídicos a las uniones libres, hasta alcanzar en diversos países, como: Cuba, Honduras, Guatemala, Bolivia, Brasil, Perú y Panamá, una legislación que no discrimina entre uniones formalizadas administrativamente y las que no lo están, para asegurar la configuración de un régimen patrimonial, que al disolverse por cualquier causa la unión, hay que liquidarlo, partiendo por mitad, todos los bienes adquiridos a título oneroso durante dicha unión y también aquellos bienes que no se pueda determinar quién es su titular (Ver Arto. 59 y 132 del C.F.) En estos últimos, se presume la copropiedad por razón de la convivencia de la pareja y no por la posesión como ocurre en el Derecho Civil.

A las uniones consensuales (familias) beneficiadas con este patrimonio familiar no se les exige más requisitos que la convivencia, mediante la cual se constituía la familia. Se considera, una institución que surge de diversas formas, pero el Derecho no las ignora, las protege, sin distinción alguna en lo referente al patrimonio asignado.

Los principios, que regulan estas relaciones son los fundamentos o las bases que establecen igualdad de trato, (para las familias) iguales oportunidades, en cuanto a derechos y obligaciones (de los convivientes) en la relación de pareja, de hacer y compartir una vida en común, sin discriminación alguna. Por ello el amor sin principios, no es amor, es sometimiento, explotación, maltrato físico o psíquico.

El no reconocimiento de las uniones de hecho, sigue un modelo autoritario de poder y discriminación, que socava la democracia familiar y social. Ese poder vertical de sometimiento familiar, está arraigado en todos nuestros Códigos Civiles, a los que seguimos apegados, postulando un Derecho Familiar atenazado por sus estructuras, pero afortunadamente van cediendo, por el designio implacable del tiempo, en el que las familias, cualquiera sea su forma de constitución, emergen bajo los nuevos paradigmas de un Derecho emergente, vivo y dinámico.

En síntesis tenemos:

1. Que progresivamente se le han ido concediendo a las uniones de hecho diversos efectos jurídicos aunque sean parciales.
2. Que las uniones de hecho libres tienen efectos retroactivos en lo referente al régimen económico y en lo relativo a la presunción de paternidad.
3. Que se presumen hijos, los nacidos dentro de los primeros ciento ochenta días de iniciada la unión y pasados los 300 días después de disuelta la unión, aunque no alcance la categoría de matrimonio de hecho, por falta del registro administrativo o el reconocimiento judicial post-mortem. Estos efectos son hacia el futuro, cuando la unión resulta extinguida.
4. Que los valores y principios que orientan el derecho familiar, constituyen los nuevos paradigmas que tutelan la relación de pareja.

A nuestro juicio, el que se oponga a que se le reconozcan efectos jurídicos a la convivencia, es quien debe probar su extinción. La carga de la prueba debe invertirse a favor de los convivientes y el juzgador debe tener amplias facultades para practicar de oficio las pruebas que estime convenientes, cuando se reclaman derechos, ya sea por él o los convivientes. Las uniones libres deben gozar de la protección jurídica hasta que no se demuestre su extinción o inexistencia.

La unión de hecho es la comunidad de vida estable y duradera, debe tener un lugar para el domicilio doméstico, en donde de común acuerdo, expreso o tácito, tenga asiento permanente la relación fáctica con el ánimo de hacer y compartir la vida, material y espiritualmente de forma estable y duradera.

¿ Las uniones de hecho, siempre han tenido la misma dimensión?

Las uniones de hecho, alcanzan nuevas dimensiones, toda vez que al reconocerlas, sus efectos van en ascenso y su realidad es cada vez más aceptada en la mayor parte de los países de este continente, por lo que en un futuro no muy lejano, dejará de ser novedad su discusión cuando se trate de uniones libres y se abrirán paso otros tópicos, como la unión de los heterosexuales y de homosexuales, tal como va aconteciendo con los matrimonios formales contraídos por personas del mismo sexo.

La conciencia social genera cambios en la familia como institución, la revolución de la moral sexual, la liberación femenina, el divorcio, el aborto, el SIDA, la reproducción humana asistida, derivan obviamente un nuevo sistema familiar que el derecho tiene que regular en términos de relaciones.

¿Cuáles son las principales teorías sobre la Unión de Hecho?

Se ha dicho que el concubinato es coetáneo al matrimonio, no obstante, la teoría que parece más acertada es la expuesta por Engels en su libro "Origen de la Familia, la propiedad privada

y el Estado”⁶⁰, citado por C. Betancur Jaramillo y otros (1962) donde resalta el acoplamiento natural de la especie humana que genera inicialmente acompañamiento temporal, luego permanencia o concubinato y finalmente al matrimonio como institución.

Este autor dice que “La familia es un hecho social, natural primario o instintivo. Ella es la fuente y el principio de toda organización. En ella se encuentra el rudimento de la autoridad y con ésta, el principio de la subordinación, base y sentido de todo poder, grupo nacido espontáneamente al impulso del instinto y de la necesidad y primera etapa en la integración del hombre hacia una finalidad común en obediencia de ese mandato instintivo que está en la naturaleza humana: Su sociabilidad.”

La doctrina cristiana influyó notablemente para que al concubinato se le diera un trato peyorativo, provocando profundas injusticias que aun hoy subsisten, aunque con menor rigor. A partir de la decadencia del Imperio Romano, se le consideró como pecado y despreciables a las personas vinculadas en unión extramatrimonial; el Concilio de Trento desató la severidad en los castigos. Esta posición de rechazo, se agudizó en la Edad Media con los regímenes teocráticos y la influencia de la Iglesia dueña del poder político y religioso.

Reflexione: En su comunidad ¿socialmente el concubinato tiene trato peyorativo? ¿Cómo se manifiesta?

Con la Revolución Francesa, se logró poner al concubinato en pie de igualdad con la institución matrimonial, situación que no perduró porque el Código de Napoleón, inspirador del Derecho moderno guardó silencio legislativo sobre dicha institución irregular, desconociendo así los derechos y obligaciones que de ella se derivaron y los que resultaban entre los mismos padres e hijos habidos en dichas uniones.

Respecto a la actitud asumida por el Código de Napoleón, Josserand afirma: “Los hechos, las necesidades de la vida, las exigencias de la equidad han sido más poderosas que la voluntad legislativa; colocada en presencia de la realidad nuestra jurisprudencia ha tenido que resolver cueste lo que cueste numerosos problemas suscitados por el concubinato y si la unión libre no es una institución, ha revestido por lo menos una significación jurídica cada vez más marcada y se ha convertido en una especie de centro obligatorio que debe retener la atención del jurista; las relaciones jurídicas que se derivan de él se refieren bien a las relaciones entre sí de los que viven en concubinato, bien a sus relaciones con sus hijos, bien a sus relaciones con terceros.”⁶¹

Martha Lucía Henao y Luis Enrique Gil al hablar de los antecedentes jurisprudencial y doctrinal del concubinato en Colombia, expresan que ha sido apreciado de diversas formas: Unos lo han repudiado, otros lo aceptan y reconocen efectos a los derechos que de él surgen. Quienes consideran ilegal la relación sexual concubinaria, estiman que las consecuencias de orden económico deben ser reguladas jurídicamente.⁶²

Conviene aclarar que el Concubinato como una de las formas que da origen a la familia, no tiene la misma acepción en las ciencias sociales que en las ciencias jurídicas, ya que para las primeras, concubinato, es la unión estable entre un hombre y una mujer que tienen impedimento legal para contraer matrimonio por existencia de un vínculo anterior. Si este

⁶⁰ El Régimen Legal de los Concubinos en Colombia, 1962 p. 20

⁶¹ Curso de Derecho Civil. Tomo I Vol. II p. 339

⁶² Derecho de Familia. Señal Editora. Medellín 1995 p. 59-69

impedimento lo tiene una de las partes se trata de un concubinato simple y si lo tienen las dos, concubinato doble.

Se diferencia del madre solterismo el cual está conformado por la diada madre-hijo, procreados en uniones esporádicas con uno o sucesivos varones. Virginia Gutiérrez de Pineda y Ligia Echeverri de Ferrufino en varias de sus obras dan cuenta de estas uniones de hecho o de facto que junto con las de lure, conforman la familia en Colombia.

Para las ciencias jurídicas, es la unión libre, la convivencia sostenida entre hombre y mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio.

Veamos esta situación en nuestro país

Se observa en el caso de Nicaragua, que el Código Civil en su Arto. 1001 C. no toma en cuenta para efectos de la sucesión intestada a la compañera o compañero de vida de las parejas en Unión de Hecho, pues el mismo, fue promulgado en el año 1904. El citado Arto. llama a la sucesión abintestato por orden de parentesco, resultando el Arto. 72 de la Constitución Política de la República, una declaración de principios y por ende debe a nuestro criterio, ser invocada paralelamente con lo que estatuyen los Artos. 27 y 48 de la misma norma constitucional, referidas a la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

Hace falta señalar algunos aspectos relativos a este tipo de uniones, en virtud de que para su debido reconocimiento, las partes deben estar aptas para el matrimonio, pero que no lo hacen por su propia voluntad, es decir, que el legislador para reconocer de manera efectiva, los derechos derivados, debe tomar en cuenta, la aptitud de la pareja, su voluntad, así como los impedimentos existentes para la celebración de matrimonio, aún cuando no existan discriminación con respecto a los hijos.

Ahora bien, para la calificación de estable, se debe fijar un término o período mínimo de convivencia, a fin de que pueda operar válidamente el reconocimiento de la relación, si a ello le agregamos, que un buen porcentaje de la población desarrolla sus relaciones familiares, bajo este modelo de familia.

A nuestro juicio esta relación debe reunir los mismos requisitos que para la celebración del matrimonio, pues no se podría concebir una Unión de Hecho Estable de una pareja, en donde una de las partes está unida en matrimonio con una tercera, de ahí que se requiera no sólo la aptitud, sino la plena capacidad de hecho y de derecho para su validez y reconocimiento.

Este tipo de familia reconocido en la Constitución Política Nicaragüense, también existe en los demás países de la región Centroamericana y se encuentra debidamente regulada.

Nicaragua, si bien es cierto no ha desarrollado una norma secundaria que regule la Unión de Hecho Estable, el Código Civil promulgado en el año 1904, establece aún, en la parte in fine del Arto. 3178 "Sin embargo se constituye sociedad de hecho, por juntarse dos personas de diferentes sexo y hacer completa vida marital común, con comunidad de bienes o intereses", lo que efectivamente se traduce en un reconocimiento a este tipo de uniones o familias.

Por ser el único país del área que no dispone de un Código de Familia, esta institución se encuentra desarrollada en el Proyecto de Código de familia pendiente de aprobación por la Asamblea Nacional, el cual ha previsto los aspectos siguientes:

Aptitud legal para contraer matrimonio, convivencia por un período no menor de dos (2), con carácter de: singularidad, estabilidad y permanencia. Les denomina compañeros de vida o convivientes y no tendrá lugar el reconocimiento de esta unión, si uno de los miembros, de la pareja, se encuentra unido por vínculo matrimonial o Unión de Hecho Estable.

Se observa que el Código Civil en su artículo 1001 C. no toma en cuenta para efectos de la sucesión intestada a la compañera o compañero de vida de las parejas en Unión de Hecho, pues el mismo, fue promulgado en el año 1904. El citado Arto. llama a la sucesión abintestato por orden de parentesco, resultando el Arto. 72 de la Constitución Política de la República, una declaración de principios y por ende debe a nuestro criterio, ser invocada paralelamente con lo que estatuyen los Artos. 27 y 48 de la misma norma constitucional, referidas a la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

No obstante, consideramos que por estar reconocida en la Cn, tiene derecho a la sucesión intestada en el mismo orden que los cónyuges y tal como lo ha establecido el Arto. 1001 C., que literalmente dice: "Arto. 1001. Son llamados a la sucesión intestada:

- 1). Los descendientes legítimos del difunto
- 2). Sus ascendientes legítimos
- 3). Sus colaterales legítimos
- 4). Sus hijos naturales o nietos naturales
- 5). Sus padres naturales o abuelos naturales
- 6). Sus hermanos naturales
- 7). El cónyuge sobreviviente
- 8). Los municipios.

La enumeración de parientes se redujo a cuatro (4) más el municipio, cinco (5) en virtud del principio de plena igualdad que la Constitución Política ha reconocido a los nicaragüenses en sus Artos. 27 y 48.

En todos los países, es necesaria la inscripción o registro de la Unión de Hecho, a fin de que surta los efectos de Ley.

En cuanto a los derechos y deberes derivados de la Unión de Hecho Estable, de manera general son los mismos que nacen del matrimonio y en el caso de Nicaragua, la Ley de Seguridad Social del 11 de febrero de 1982 publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 49 del 1 de marzo de 1982; Ley de Alimentos, Ley No. 143, del mes de febrero de 1992, Gaceta No. 57 del 24 de marzo de 1992; confieren derechos a la compañera (o) de vida; a la Seguridad Social y a recibir alimentos.

2. Requisitos de validez y regulación a nivel centroamericano

¿Cómo se concibe y regula esta relación en otros países de Centroamérica?

La legislaciones de Honduras, El Salvador, Guatemala y Panamá son coincidentes en que la Unión no Matrimonial o Unión de Hecho, se constituye por hombre y mujer con capacidad para contraer matrimonio legal, con carácter de singularidad, estabilidad; que hagan vida común y de forma constante. Otra particularidad a mencionar, es que dicha unión para su reconocimiento debe mantenerse por un período de tres (3) a cinco (5) años, y surte los mismos efectos del matrimonio.

Costa Rica reformó su Código de Familia, mediante Ley No. 7532 del 8 de agosto de 1995, publicada en La Gaceta No. 162 del 28 del mismo mes y año. El Arto. 242 de la norma indicada establece: "UNIÓN DE HECHO REGULAR. La unión de hecho pública, notoria, única y estable, por más de tres años, entre un hombre y una mujer que posean aptitud legal para contraer matrimonio, surtirá todos los efectos patrimoniales propios del matrimonio formalizado legalmente al finalizar por cualquier causa."

Sobre el tema, el doctor Jorge Antonio Gianmattei Avilés; Magistrado de la Corte Centroamericana de Justicia, en su obra: Fundamento Constitucional e Internacional del Derecho de Familia en Centroamérica, dice en: "Las Constituciones de Centroamérica y la Unión de Hecho: La Constitución de la República de Costa Rica, no reconoce la Unión de Hecho; El Salvador en el artículo 32 manifiesta que el Estado fomentará el matrimonio, pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia; y el artículo 33 establece que la ley regulará las relaciones familiares resultantes de la unión establece de un varón y una mujer. Las Constituciones de El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, reconocen y protegen la unión de hecho o unión estable de un varón y una mujer, dejando la regulación de ésta a la ley.

La de Honduras y Panamá dejan que la ley señale las condiciones para que surta los efectos el matrimonio civil. Es de hacer notar que Costa Rica, que mediante Ley No.7532 del 08 de agosto del año 1995 reformó su Código de Familia, dando cabida a este tipo de familia.

También otros países reconocen las uniones de hecho , entre ellos: Bolivia, Colombia, Cuba, México, Perú, España (Aragón, Cataluña, Euskadi), Francia y Argentina, éstos últimos incluyen a las uniones homosexuales.,

Ejercicio: Elabore un esquema que contenga

Países C.A.	Concepto de unión de hecho estable	Requisitos	Efectos personales	Efectos patrimoniales
Nicaragua				
Guatemala				
El Salvador				
Honduras				
Costa Rica				
Panamá				

3. Efectos del Matrimonio y de la unión de hecho estable. Derechos y Deberes.

El Matrimonio como la Unión de Hecho Estable están debidamente reconocidas y de las mismas, nacen deberes y derechos diversos:

- a. **De los cónyuges o convivientes entre sí:** Son deberes y derechos recíprocos: Fidelidad, socorro mutuo, obligación alimenticia, deber de cohabitación, etc. Los bienes son considerados comunes, según Ley No. 38, con libertad de cada uno para disponer de los bienes obtenidos antes o después del matrimonio o de la Unión de Hecho Estable.

Los derechos y deberes al respecto se manifiestan de manera recíproca entre los cónyuges y /o convivientes, se pueden señalar entre otros:

- 1). **Deber de fidelidad:** Este es un factor esencial, que deben observar por igual, el hombre y la mujer.
 - 2). **Deber de socorro mutuo:** Se desprende del estudio del Arto. 151 C. y se reduce al aspecto pecuniario, así: obligación alimentaria del cónyuge conviviente, por su contenido cae en la esfera de los alimentos. Es obligación de cada cónyuge o conviviente, contribuir a las cargas del hogar de manera proporcional conforme a su capacidad.
 - 3). **Deber de cohabitación:** Los cónyuges, al igual que los convivientes, están obligados a vivir juntos y no hay sanción en caso de incumplimiento, para esto se debe analizar el Arto. 152 C.
 - 4). Como ya se ha señalado los demás países de la Región Centroamericana reconocen este tipo de familia, de manera que, en nuestro país, no basta el reconocimiento de su existencia a través de la norma constitucional, hace falta que una ley especial faculte a la autoridad competente para que el goce de los derechos que confiere este tipo de unión sea efectivo.
- b. **Con respecto a los hijos:** La representación de los hijos debe ser ejercida por ambos padres, tal como lo establece el Decreto No.1065 Ley Reguladora de las Relaciones Madre, Padre, Hijos y aunque el Arto. 4 de la Ley No. 38 dice que puede tomar decisiones uno de los padres, se presume que lo hace por acuerdo de ambos.

La administración de bienes debe hacerse de manera conjunta pues la enajenación de los bienes de los hijos e hijas menores se realiza con autorización judicial, y aunque ellos no la necesitan, están sujetos a la rendición de cuentas.

Los padres están en la obligación de brindar todos los elementos necesarios para el desarrollo físico, moral e intelectual de los hijos e hijas, tales como: suministrar la alimentación adecuada, en base a lo establecido por el Arto. 2 de la Ley No. 143 -Ley de Alimentos; velar por su buena conducta, que incluye el deber de procurarles educación, lo que estimula su desarrollo intelectual, para ser una persona socialmente útil.

Conforme los Artos 73 y 75 de la Constitución Política de la República, "Los padres deben atender el mantenimiento del hogar y la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, con iguales derechos y responsabilidades y todos los hijos mediante el esfuerzo común, con iguales derechos". Siendo congruente con tales disposiciones, las representaciones de los hijos e hijos corresponde al padre y a la madre, por ende debe ser ejercida de manera conjunta, con los mismos derechos y obligaciones en lo relativo a la tutela y custodia de los hijos e hijas, pues la misma Constitución al establecer el principio de igualdad de todos y todas y la no discriminación, reafirma lo antes dicho. Esto quiere decir que los miembros de la familia deben ayudarse unos a otros, tantos deberes y obligaciones tiene el

hombre para con la mujer, como ésta con respecto al hombre. No tendrá cabida discriminación a los hijos e hijas por razón de la filiación o tipo de relación en que fueron engendrados.

De tal suerte que el Decreto No. 1065- Ley Reguladora de las Relaciones Madre-Padre-Hijos, no hace más que reiterar positivamente los derechos y deberes que competen a padres y madres con respecto a sus hijas e hijos, tal como lo establecen los Artos. 1,4 y 6 de la citada norma.

De especial mención, el Arto. 71 Cn. reformado en julio del año 1995, que eleva a rango Constitucional la Convención Internacional de los derechos del niño y consigna como derecho de éstos gozar de protección especial y de todos los derechos que su condición requiere. Por otra parte, la Convención en su Arto. 7 establece el derecho del niño a ser inscrito después del nacimiento, a un nombre, a una nacionalidad, a conocer a sus padres y desde luego, a ser cuidado por ellos.

Resumen

A lo largo del presente tema hemos podido darnos cuenta que la Unión de Hecho Estable como la denomina la Constitución Política de Nicaragua, es una forma de familia, que data desde hace muchos años, que la misma a través del tiempo ha sido cuestionada y rechazada por diversos sectores y en distintas épocas.

Sin embargo, el hecho que este tipo de uniones esté siendo reconocida y regulada en muchos países de América y Europa, es una evidencia de que el desarrollo avanza más rápido que las leyes. La fuerza de las sociedades hace posible el surgimiento de nuevas normas jurídicas, de manera que no es casual que Nicaragua, luego de haberla establecido como sociedad de hecho en el Código Civil del año 1904, le haya reconocido como forma de familia en la Constitución del año 1987 al igual que estableció y reconoció la igualdad de los hijos e hijas, independiente de la filiación de éstos.

Hace falta, pues establecer los derechos y deberes derivados de este tipo de uniones, lo que es igual a señalar las reglas claras a fin de que los miembros de la pareja, puedan ejercer de manera efectiva, los derechos que les asisten en igualdad de condiciones, incluyendo por supuesto, los aspectos patrimoniales.

La mayoría de constituciones del mundo reconocen el matrimonio como una forma de constituir familia, y algunas otras, también le dan categoría de familia a la Unión de Hecho Estable, Matrimonio No Formalizado o Uniones de Hecho, a secas, gozando de la protección estatal y social. Y aún cuando lo ideal para la sociedad y el estado, es que las relaciones de pareja se mantengan por siempre, sean estas originadas en el matrimonio o en unión de hecho estable, asumiendo las responsabilidades derivadas de la relación, entre sí como con respecto a su descendencia; muchas veces la vida en común resulta insostenible, ya sea porque no se asume responsablemente la paternidad o maternidad, o se altera la armonía conyugal en el seno de la familia, degenerando en violencia y malos tratos físicos o psíquicos o ambos; y en muchas ocasiones, el abandono.

Por esas y muchas otras causas, la ley también ha previsto remedios o sanciones para ponerle fin a la relación de pareja, ya sea nacida del matrimonio o de la unión de hecho estable, a través del divorcio o mediante sentencia que declare la disolución del matrimonio o de la unión de hecho.

E. EL DIVORCIO

En este tema desarrollaremos los aspectos jurídicos del divorcio en Nicaragua. También analizar la situación y consecuencias de tipo jurídico que el divorcio y la separación tienen en los hijos e hijas menores de edad o discapacitados, así como entre los miembros de la pareja. Otro aspecto por estudiar es lo relativo a la indisolubilidad del matrimonio, que surge gracias a los esfuerzos hechos por la iglesia y el Derecho Canónico.

Iniciemos pues nuestro estudio conociendo un poco sobre sus antecedentes

Cuáles son los antecedentes?

Antiguamente las legislaciones otorgaban facultades al marido para repudiar a la mujer. Un ejemplo claro se puede apreciar en el derecho hebreo, persa e islámico, como en el primitivo Derecho Romano, donde se le conoció como divorcio mitren, que posteriormente pudo ejercer la mujer contra el marido. El divorcio ha sido una realidad que se conoce desde la más lejana antigüedad y ha ido tomando en el tiempo distintas denominaciones, tales como: divorcio repudio, divorcio por mutuo consentimiento, divorcio remedio, divorcio sanción y en la actualidad, divorcio unilateral.

En Nicaragua, el matrimonio y sus instituciones han estado regulados por los distintos códigos civiles. El Código Civil del año 1867, sólo reconocía el matrimonio religioso y en consecuencia, no aceptaba el divorcio; derogado por el código que nos rige desde 1904, fruto de la Revolución Liberal de don José Santos Zelaya (1893-1909), que institucionalizó el matrimonio civil en el Título II, Capítulo I del Libro Primero, Arto. 94.

Más tarde, 1988, se derogó todo lo relativo al divorcio causal y las disposiciones que regulaban la separación de cuerpos, mediante Ley No. 38- ley de Disolución del vínculo matrimonial por voluntad de una de las partes, con lo cual se dan pasos para disminuir la discriminación a la que la mujer ha estado sometida.

1. Concepto

La disolución del vínculo consiste en la ruptura del lazo conyugal y cesación de los efectos que la unión de los esposos produce y respecto a los terceros.

Proviene de la palabra Divertere, que significa, cada quien por su lado. Esta en las legislaciones ha tenido dos acepciones:

- a. Simple separación de personas en el que el vínculo conyugal no se destruye, tal es el caso de las legislaciones chilena y Argentina (recientemente han reactivado toda una serie de acciones y gestiones para lograr efectivamente la disolución del matrimonio).
- b. Sentido de verdadera disolución del vínculo matrimonial, de modo que los divorciados, pueden contraer nuevas nupcias, sentido que acoge nuestra legislación.

Existen otras concepciones acerca del divorcio,⁶³

- 1). divorcio repudio;
- 2). divorcio unilateral;
- 3). divorcio consensual;
- 4). divorcio judicial causado, que a su vez se subdivide en las concepciones del divorcio remedio y del divorcio sanción.

El divorcio repudio, consiste en la facultad del marido de alejar de sí, con ruptura del vínculo matrimonial, a la esposa. Es una expresión excesiva de la potestad marital, que existió en los derechos primitivos (derecho romano antiguo, derecho hebreo del Talmud, etc.), pero ha desaparecido en las civilizaciones actuales.

El divorcio unilateral, viene a ser una extensión del divorcio repudio a favor de cualquiera de los cónyuges. En esta concepción desaparece prácticamente la distinción entre matrimonio y concubinato; aparece en los Dammathas o Libro de los Deberes de los birmanos y fue el sistema consagrado originalmente en el Código Civil soviético de 1918.

La concepción del **divorcio consensual**, se caracteriza por asimilar el matrimonio a los contratos, admitiendo su “rescisión por mutuo consentimiento”. Se ha dado históricamente y se da actualmente tanto dentro del divorcio limitado o separación como dentro del divorcio vincular.

Por **divorcio judicial causado**, debe entenderse aquel divorcio, que sólo puede establecerse judicialmente y por existir una de las causas previstas en la ley. Respecto a la determinación de esa causa prevista hay dos criterios completamente opuestos, que dan lugar a dos concepciones diversas: el divorcio remedio y el divorcio sanción, que consideraremos por separado.

En la concepción del **divorcio remedio**, éste procede en todos los casos en que la vida conyugal en común sea imposible o sin objeto, por causas objetivas o subjetivas, inclusive con prescindencia de la imputabilidad de las circunstancias determinantes de la situación. La intención de la ley al conceder el divorcio es remediar la imposibilidad de la vida en común o la carencia de sentido del matrimonio. La ley considera el divorcio como “una medicina contra un matrimonio enfermo”. O sea, que las causas del divorcio pueden ser hechos o situaciones meramente objetivos, sin culpa de ninguno de los esposos. En la actualidad, comparten esta concepción los derechos alemán, suizo, escandinavo, turco, mexicano, etc.

En la concepción del **divorcio sanción**, sólo se justifica la ruptura del vínculo o la separación conyugal por faltas imputables a los cónyuges, en la observancia de los deberes matrimoniales. El divorcio es una sanción por el incumplimiento de las obligaciones que impone el matrimonio. Solamente cuando se compruebe una determinada acción culpable de uno de ambos cónyuges, el juez decretará el divorcio por culpa exclusiva de uno de ellos o por culpa concurrente. Es la concepción imperante en el derecho francés actual, en el derecho español, etc.

⁶³ Daños y Perjuicios en el proceso de Divorcio y de la Separación Judicial. Antología. Escuela Judicial, San José, C.R. Ricardo González Mora, Compilador.

Es perfectamente factible que una determinada legislación consagre paralelamente dos o más concepciones del divorcio. En el Uruguay, **por ejemplo**, se admite el divorcio repudio (a favor de la mujer); el divorcio consensual, el divorcio remedio y el divorcio sanción. Los países que reconocen el divorcio remedio, generalmente reconocen también el divorcio sanción.

En cuanto al divorcio, y tal como sabemos Nicaragua es el país de Centroamérica que derogó las causales de divorcio, de manera que la disolución del matrimonio, es posible mediante el mutuo consentimiento y por la voluntad unilateral de uno de los cónyuges, no así los demás países de la región que mantienen sus causales, tal como se puede observar en párrafos siguientes:

La legislación hondureña establece en sus Artos. 232 al 235 del Código de Familia, lo siguiente:

De la Separación de Hecho

Artículo 232.- “Los cónyuges, de común acuerdo o por iniciativa de cualquiera de ellos, pueden solicitar por escrito al Juez competente su separación de hecho. La separación no podrá pedirse sino después de un año, contado desde la fecha en que se celebró el matrimonio.”

Artículo 233. – “En el caso de la separación de común acuerdo, deberá indicarse expresamente en la solicitud el nombre del cónyuge que quedará al cuidado de los hijos comunes, así como el que asumirá la obligación de dar alimentos y la proporción en que éstos se darán; lo mismo que la forma y períodos en que podrá ver a sus hijos el cónyuge que no tenga la guarda de ellos.”

Artículo 234.- “En caso de que la solicitud fuere presentada por uno solo de los cónyuges, se notificará al otro cónyuge, a efecto de que en el plazo que el Juez señale, dispongan de común acuerdo sobre los puntos indicados en el artículo anterior. Si no se pusieren de acuerdo, el Juez resolverá lo pertinente.”

Artículo 235.- “Transcurridos dos años de notificación del acuerdo tomado por los cónyuges, o en su caso, de la resolución dictada por el Juez, sin que los cónyuges se hubieren reconciliado, podrá cualesquiera de ellos invocar la separación como causa de divorcio.”

Aún cuando el Código de Familia establece que uno de los cónyuges puede solicitar la separación de hecho un año después de celebrado el matrimonio, e invocarla como causal de divorcio transcurridos, dos años, sin que mediare reconciliación, esto no significa que en ese país tenga cabida la disolución del matrimonio por la vía unilateral.

A nivel latinoamericano hace falta decir que las legislaciones de Chile y Argentina, modelos de la nicaragüense, reconocen que el divorcio es factible sólo mediante el cumplimiento de algunas premisas o requisitos.

La Constitución chilena, 1980 sancionada por Decreto Ley No. 3,464, s. en su Arto. 1 reconoce a la familia como núcleo fundamental y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad.

El Código Civil en sus Artos. 170/178 y 190/197 trata del divorcio y la Ley del Matrimonio Civil, reformada por Decreto con Fuerza de Ley (D.F.L.) No. 2-95 del 21 de septiembre de 1995, publicado en El Diario Oficial del 26 de diciembre de 1996, preceptúa como formas válidas las contenidas en los Artos. 19/28 y 37/38 que a la letra dicen:

Arto. 19. “El divorcio no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida común de los cónyuges.”

Arto. 20. “El divorcio es temporal o perpetuo. La duración del divorcio temporal no pasará de cinco años.”

Arto. 21. “El divorcio procederá solamente por las siguientes causas:

- 1ª. Adulterio de la mujer o el marido.
- 2ª. Malos tratamientos graves y repetidos, de obra o de palabra.
- 3ª. Ser uno de los cónyuges autor, instigador o cómplice de la perpetuación o preparación de un delito contra los bienes, la honra o la vida, del otro cónyuge.
- 4ª. Tentativa de uno de los cónyuges para prostituir al otro.
- 5ª. Avaricia de cualquiera de los cónyuges si llega hasta privar al otro de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades.
- 6ª. Negarse cualquiera de los cónyuges sin causa legal, a vivir en el hogar común.
- 7ª. Abandono del hogar común, o resistencia a cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada.
- 8ª. Ausencia, sin justa causa, por más de tres años.
- 9ª. Vicio arraigado de juego, embriaguez o disipación.
- 10ª. Enfermedad grave, incurable y contagiosa (derogada).
- 11ª. Condenación de uno de los cónyuges por crimen o simple delito.
- 12ª. Malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, si pusieren en peligro su vida.
- 13ª. Tentativa para corromper a los hijos, o complicidad en su corrupción.”

Arto. 24. “La acción del divorcio corresponde únicamente a los cónyuges y no podrá deducirse contra el cónyuge inocente.”

Arto. 25. “La acción del divorcio es irrenunciable. Sin embargo, el derecho de pedir divorcio por causa existente y conocida puede renunciarse y se entiende renunciado cuando ha seguido la cohabitación. Esta presunción de renuncia se extiende aun al caso de existir juicio pendiente.”

Arto. 26. “La acción del divorcio prescribe en un año, contado desde que se tuvo conocimiento del hecho en que se funda.”

Arto. 27. “El juez oirá el dictamen del Ministerio Público en el juicio sobre divorcio.”

Arto. 28. “El divorcio y sus efectos cesarán cuando los cónyuges consistieren en volver a reunirse. Se exceptúa de lo dispuesto en el inciso anterior el caso de divorcio sentenciado por las causales 4ª. y 13 del artículo 21.”

Arto. 37. “El matrimonio se disuelve:

- 1º. Por la muerte natural de uno de los cónyuges.
- 2º. Por la declaración de nulidad pronunciada por autoridad competente.”

Arto.38. "Se disuelve también el matrimonio por la muerte presunta de uno de los cónyuges, si cumplidos cinco años desde las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, se probare que han transcurrido setenta desde el nacimiento del desaparecido. Se disolverá además transcurridos que sean quince años desde la fecha de las últimas noticias, cualquiera que fuere, a la expiración de dichos quince años, la edad del desaparecido, si viviere."

En el caso del número 8° del artículo 81 del Código Civil, el matrimonio se disuelve transcurrido dos años desde el día presuntivo de la muerte.

Argentina, siendo estado federal ha establecido, en el Arto. 5 de la Constitución de la Nación, que cada provincia dictará para sí una constitución. Sin embargo no dedica apartado especial a los derechos de la familia, pues las relaciones de la misma están reguladas por el Código Civil y sus reformas al Libro primero, sancionado el tres de Noviembre de 1993. De ahí que tengan como causales de divorcio, las siguientes: Tentativa de homicidio, injurias graves, separación personal o divorcio vincular, separación de hecho dos años; tres años para el divorcio.

México, **por ejemplo**, en su Arto. 267 del Código Civil, establece, 21 causales de divorcio que van desde adulterio probado, hasta impedir que el otro cónyuge desempeñe una actividad (Arto. 169 C.) También existe divorcio administrativo, divorcio por mutuo consentimiento necesario (no ser el culpable) y éste puede otorgar su perdón. Por otra parte, el Arto. 282 del mismo cuerpo legal establece medidas provisionales.

Ejercicio: reflexione sobre una de las concepciones de divorcio y argumente su acuerdo o desacuerdo e implicaciones en la vida cotidiana de la familia.

2. Tipos de Divorcio

¿ Cuáles son los tipos de divorcio más conocidos ?

Existen países y legislaciones que admiten el divorcio por voluntad unilateral de uno de los cónyuges, así como han llegado a concebir el divorcio repudio, divorcio por mutuo consentimiento o "bona gratia discedere", convirtiéndose el divorcio en el desenlace normal de la familia.

Otras legislaciones han establecido causas para poner fin al vínculo conyugal, derivándose dos sistemas:

- a. El que admite el divorcio por hechos que vuelven imposible o más o menos difícil la vida en común; a éste se le conoce como Divorcio remedio.
- b. El que admite como tales causas solamente las culpas más o menos graves, cometidas por uno de los esposos contra el otro u otra. Esta concepción es mucho más restrictiva, la cual fue adoptada por el Código Napoleónico en el año 1884, surgiendo así el Divorcio sanción, que sanciona los deberes que impone el matrimonio. Ante las causales siempre habrá un cónyuge culpable y otro no y la sentencia no puede afectar al inocente, es decir no deparará perjuicio a quien no ha incurrido en falta alguna.

También existe el divorcio notarial, figura establecida en la legislación cubana desde el año 1994, según Decreto-Ley 154. Procede una vez que la pareja está de acuerdo en disolver el vínculo, el notario deberá observar para ello las disposiciones del Código de Familia y de la Ley de las Notarías Estatales y su Reglamento.

En último lugar y no menos importante, son las legislaciones que aplican al divorcio las reglas de los contratos, en cuanto a que si los contratantes están unidos por el acuerdo de sus voluntades, lógico es pensar que su acuerdo, puede liberarlos de la unión conyugal, aspecto que da lugar a la existencia del **divorcio por mutuo consentimiento**, el cual es asimilable al llamado mutuo disenso, propio de la figura del contrato.

3. Formas de disolución

¿Cuáles son las formas de disolución del matrimonio y cuándo se aplican?

Las leyes españolas que rigieron en nuestro país a partir de la colonización, no reconocían el divorcio, lo que se mantuvo hasta el año 1821; sin embargo la legislación subsistió hasta que fue posible la promulgación del Código Civil de 1871, el cual fue copiado del Código Civil chileno que sometió toda la materia matrimonial y su disolución, a las leyes y autoridades eclesiásticas.

Con la revolución del año 1893, se dictó la Ley Reglamentaria del Matrimonio de fecha 28 de julio de 1894, estableciendo el divorcio y sus causales en los Artos. 47 y 48.

Mediante Ley del 18 de febrero de 1926, se autorizó a los que profesaban la religión católica acudir ante la autoridad eclesiástica, para que decidiera sobre las causas de disolución del matrimonio católico, derogada posteriormente en el año 1933, restableciéndose el régimen previsto en el Código Civil.

El Código Civil nicaragüense establece en su Arto. 160, como causas de disolución:

- a. -La muerte de uno de los cónyuges, el divorcio, la sentencia ejecutoriada que declare la nulidad y el mutuo consentimiento y el Arto. 161 C., ya derogado por Ley No. 38 -Ley de disolución del vínculo matrimonial por voluntad de una de las partes, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No.80 del 29 de abril de 1988; establecía las causales siguientes:
- b. Preñez de la mujer por consecuencia de relaciones ilícitas anteriores al matrimonio ignorándolo el marido.
- c. Atentado de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
- d. La sevicia y ofensas graves inferidas por alguno de los cónyuges al otro.
- e. El adulterio de la mujer.
- f. El concubinato del marido, siempre que tenga a la mujer en su propia casa, o notoriamente en otro sitio, o cuando en el hecho concurren tales circunstancias que constituyan una injuria grave para la mujer.
- g. El abandono manifiesto, o ausencia de uno de los cónyuges por más de cinco años sin comunicación con el otro.

El Arto,1 de la mencionada ley, dice: “El matrimonio civil se disuelve:

- 1). Por muerte de uno de los cónyuges.
- 2). Por mutuo consentimiento.
- 3). Por voluntad de uno de los cónyuges⁶⁴,
- 4). Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio.

4. Procedimiento legal vigente en cada uno y sus efectos

¿ Cómo proceder a la disolución?

Los documentos a presentar para el divorcio por voluntad de una de las partes son: certificado de matrimonio, negativa o declarativa de bienes, negativa o partida de nacimiento de los hijos. Lo único que se hace con respecto al otro cónyuge es notificarle para que conteste o exponga sus criterios en cuanto a la pensión de los hijos o la distribución de bienes si acaso los hubiere.

Por lo que respecta a la comunidad de bienes, la Ley No. 38 - Ley de disolución del matrimonio por voluntad de una de las partes, ha dejado muy claro qué bienes son los que debemos considerar comunes. Además cada cónyuge tiene libertad para disponer de sus bienes, de los que tenían antes y los adquiridos durante el matrimonio. En nuestro medio no existe régimen de comunidad de bienes, a menos que previo a la celebración del acto matrimonial, los cónyuges manifiesten tal voluntad.

El matrimonio legalmente contraído produce efectos de carácter permanente. Es competente para conocer del divorcio, el Juez de Distrito de lo Civil del domicilio del actor, del demandado o un tercer domicilio a juicio del actor. En el juicio se da intervención al Procurador Civil Departamental y al Ministerio de la Familia⁶⁵, en los casos que hubieren hijos o bienes que discutir, éstos disponen del término común de cinco días para emitir sus dictámenes.

Cuando no existan hijos ni bienes, el juez actuante, una vez atendido o no el emplazamiento, procederá a dictar la sentencia de ley, sin más trámites.

Cuando las partes no lograren ponerse de acuerdo en los puntos en litigio, tales como son: la guarda de los menores, los bienes, pensiones alimenticias, etc., el Juez se pronunciará sobre la disolución y tratará de que se llegue a acuerdos en el trámite de avenimiento que señala el Arto. 9 de la Ley 38, y si el desacuerdo persistiera, enviará en traslado las diligencias a los funcionarios ya aludidos, para con sus dictámenes, emitir la sentencia a que hubiere lugar. De los puntos en conflicto, se podrá apelar, ante el tribunal superior -Apelaciones-, pero no podrá versar sobre el vínculo.

Los problemas que a menudo se presentan están referidos a la tutela de los hijos, el régimen de visitas, el monto de las pensiones y la distribución de los bienes, pues en nuestra sociedad, se vincula la responsabilidad derivada de la filiación, a la permanencia de la relación entre los adultos, es decir, padre-madre, sin pensar que los hijos e hijas, casi siempre los más afectados,

⁶⁴ Mediante ley 384 publicada en La Gaceta 121 del 27 de julio del 2000, se reformó el Arto. 3 de Ley No. 38.

⁶⁵ Creado mediante Ley No. 290, 1998

los que al final de cuentas cargan con los problemas y desajustes emocionales que los padres provocan.

La Ley No. 38 vino a dar respuesta a las situaciones de chantaje que muchas parejas estaban viviendo, sin embargo la misma ha sido duramente criticada por uno y otro sector de la sociedad nicaragüense. Algunos argumentan que por la brevedad de su trámite, no hay tiempo para la reflexión, que las mujeres, al igual que los hombres no logran llegar a las raíces de la problemática familiar de la pareja, sin intentar la reconciliación o el establecimiento de una mejor comunicación con su pareja, etc. No obstante lo anterior y contrario a lo que se ha creído, son los hombres, según datos obtenidos de los Juzgados de Managua, en donde existe la mayor concentración poblacional, quienes con mayor frecuencia hacen uso de esta ley, y vale decir, que difícilmente asumen la tutela de los hijos, como la responsabilidad de contribuir a la carga alimenticia, bajo el concepto que de tal materia ha establecido la ley de alimentos, en su Arto. 2.

Consecuente con el párrafo que antecede, en el año 2000, se reformó el Arto. 3 de la Ley No. 38, mediante Ley No. 384, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No.121 del 27 de junio del 2000 -, la que íntegramente dice:

“Arto. 3.- El cónyuge que intente disolver su vínculo matrimonial, presentará personalmente o por medio de apoderado especialísimo, la correspondiente solicitud por escrito, con las copias que señale la Ley Orgánica del Poder Judicial, ante el Juez de Distrito de lo Civil competente, que lo será el del domicilio conyugal el del otro cónyuge o del solicitante, a elección de éste, acompañando los siguientes documentos:

- 1) Certificación de la partida de matrimonio
- 2) Certificación de la partida de nacimiento de los hijos, si los hubiere.
Inventario simple de los bienes comunes.

Además de las solemnidades establecidas en la Ley, el Poder Especialísimo contendrá lo siguiente: juez que conocerá de la demanda, nombre y generales del otro cónyuge, nombre y fecha de nacimiento de los hijos y a quien corresponderá la guarda y tutela si los hubiere, el mandato de interponer la disolución del vínculo matrimonial; la posición que debe adoptar el apoderado en el trámite de mediación; monto de la pensión alimenticia y forma de distribuir los bienes en su caso.”

LA LEGISLACIÓN CUBANA desde el año 1994 estableció el Divorcio Notarial, siempre y cuando exista acuerdo entre los cónyuges y no haya opinión contraria en el dictamen emitido por la Fiscalía, esta modalidad surte efectos inmediatos.

¿Qué efectos o daños pueden dimanar de Situaciones Conexas al Divorcio?⁶⁶

Hay conductas de los cónyuges en trámite de divorcio o ya divorciados, que motivadas por la situación de ruptura conyugal se manifiestan en incidentes conectados con el divorcio y pueden provocar injustificados perjuicios económicos, espirituales o morales al otro. En tales casos, que no son infrecuentes, puede surgir la responsabilidad civil del que las ejecutó.

⁶⁶ Daños Resarcibles en el Divorcio. Francisco A. M. Ferrer. Abeledo –Perrot.

El cumplimiento del régimen de visitas en relación a los hijos menores que han quedado bajo la guarda de uno de los cónyuges, también puede dar lugar a reclamos indemnizatorios por parte del progenitor no guardador cuando se frustra su derecho a ejercer las visitas, porque quien inviste la guarda obstaculiza intencionalmente la adecuada comunicación con su hijo mediante subterfugios, engaños, viajes sin previo aviso, ausencia repentinas y otras maniobras, como influenciar el ánimo del hijo disponiéndole en contra del otro progenitor. Del mismo, el progenitor que detenta la guarda podrá reclamar daños y perjuicios contra el otro que ha retenido o ha raptado al hijo. Para que proceda el resarcimiento es preciso, desde luego, que se encuentren reunidos y probados los requisitos de la responsabilidad civil extra contractual.⁶⁷

¿Son resarcibles los daños ocasionados a los hijos?

Algunos doctrinarios sostienen que los hijos menores tienen derecho al resarcimiento de los daños que han padecido por el divorcio de sus padres, siendo el cónyuge culpable quien debe afrontar la indemnización de tales perjuicios. El divorcio lesiona el interés legítimo de los hijos a una familia bien constituida, interés que implícitamente consagra el sistema jurídico en diversas normas.

El vínculo filial lo impone la naturaleza, por ello no hay que estimular su desbaratamiento humano y afectivo. Ya advertía Vélez Sarsfield que “Nada tienen que ver las relaciones del marido y la mujer con la conducta probable que uno u otro observarán con sus hijos” (nota al originario Arto. 213 del Cód. Civ.) A lo mejor durante el proceso de deterioro de las relaciones matrimoniales y también posteriormente, un progenitor con sus actitudes puede haber hecho sufrir a su hijo, pero motivado por la perturbación emocional y psíquica provocada por la fractura conyugal; luego podría reavivar y normalizar la relación filial. Por ello, pareciera prudente, para beneficio de los hijos, no alentar este tipo de acciones contra sus padres con motivo del divorcio de los mismos. Ya tienen suficientes problemas y sufrimientos como para agregarles la angustia, la preocupación, los temores y trastornos materiales y espirituales que significa un juicio de tan denso contenido emocional; en todo caso, el cónyuge inocente o guardador del hijo menor puede alegar el sufrimiento de éste como propio dolor y reclamar a título personal el resarcimiento, pero no introducir al hijo en el proceso, utilizándolo como un instrumento más de su guerra judicial.

Ejercicio: De la lectura de los textos anteriores, haga sus reflexiones acerca de los daños que el divorcio puede provocar a los hijos e hijas.

A continuación presentamos una síntesis del divorcio en Nicaragua, los requisitos que se deben cumplir para iniciar dicha acción y aún cuando en los países del área centroamericana, continúan vigentes las causales de divorcio, en todos también es admisible el divorcio por mutuo consentimiento.

⁶⁷ MAKIANICH DE BASSET, L., Derecho..., cit., parág. 42 nro. 51; TARABORRELI, J.N., “Régimen...”, cit. J.A. nro. 6020k, 15-I-1997, nro X. Sobre el resarcimiento por retención o rapto de hijos: BERNARD, C.- SHELTON, D., Les Personnes..., cit., T.2, modulo 7, pág. 64.

Sinteticemos:

DIVORCIO EN NICARAGUA

- 1867 → Perpetuo
- 1904 → Mutuo consentimiento

Contencioso (mediante causales)

1988 a la fecha → Mutuo consentimiento, ambos miembros de la pareja Unilateral, uno solo de los miembros personalmente o mediante apoderado

Procedimiento a seguir

Autoridad competente: Juez Civil de Distrito del domicilio conyugal o el del domicilio del actor o actora

Documentos a presentar: Certificado de matrimonio, Certificado de nacimiento de los hijos e hijas, si hubieren, Inventario simple de bienes y/o Negativa de los mismos, por lo que hace a los inmuebles

- Situaciones que puedan presentarse

En el Mutuo Consentimiento: en el trámite conciliatorio, se retracte una de las partes o insistan en su decisión; no hubiere decisión común alrededor de la tutela de hijos e hijas, pensiones alimenticias, distribución de los bienes y el régimen de visitas de los hijos e hijas por parte de quien no ejercerá la tutela. Aquí se suspende la acción. En caso contrario, la sentencia que dicte el juez de primera instancia, se enviará en consulta al Tribunal de Apelaciones.

Unilateral:

Existencia de hijos o no; bienes o no Contestación de la demanda o sin contestación

Acuerdo total (allanamiento a la demanda) o parcial sobre los puntos planteados: hijos, bienes, pensiones, visitas, etc.

Es importante destacar que cabe el recurso de apelación ante el tribunal de segunda instancia, por lo que hace a la tutela de los hijos e hijas, pensiones alimenticias, régimen de visitas y distribución de bienes, más no sobre la disolución.

Toda sentencia en materia familiar, no causa estado es decir puede reabrirse o intentar una nueva acción. Consideramos necesario recordar, que en la región centroamericana, la legislación civil mantiene las causales de divorcio, similares o idénticas a las que fueran derogadas por la Ley No. 38- Ley de Disolución del matrimonio por voluntad de una de las partes, así como el mutuo consentimiento. En los demás países del área, continúan vigentes tanto el divorcio por mutuo consentimiento, como el divorcio mediante causales. En algunos casos para que proceda, es necesario una previa declaratoria de separación judicial y en otro, el divorcio por mutuo consentimiento no procede con menos de dos años de matrimonio.

En este apartado hemos estudiado el divorcio y sus antecedentes en Nicaragua, formas de disolución y el procedimiento a seguir en cada caso. Como se puede observar, Nicaragua al igual que los demás países de la región centroamericana, mantuvo vigente las causales de divorcio hasta el año 1988, fecha en que fue promulgadas la Ley No. 38 –Ley de disolución del vínculo matrimonial por voluntad de una de las partes, manteniendo además, el divorcio por Mutuo Consentimiento, el cual se encuentra debidamente regulado por el Código Civil.

Actividad de autoaprendizaje No.2

- ¿Qué debe hacer la mujer que desea casarse antes de los 300 días de haberse decretado su divorcio?
- Escribo mis consideraciones alrededor de:
 - a. Si el matrimonio y la unión de hecho estable tienen el mismo valor jurídico en la Constitución y en el Código Civil,
 - b. Si le son aplicables los impedimentos matrimoniales a las uniones de hecho estable y
 - c. Cuáles son los derechos y deberes que nacen de estos dos tipos de familia.
- 3.- Se inscribe en algún sitio la declaratoria de unión de Hecho Estable y cuáles son los efectos.
- 4.- Señalo tres países americanos donde es reconocida la Unión de Hecho
- 5. Con los conocimientos previamente adquiridos me dispongo a resolver el siguiente caso: Desde hace cuatro años Carlos convive con Estela, tiene dos niños, uno de 4 y otro de 2 años de edad. Hace una semana Carlos decidió legalizar su unión con Estela y resulta que ella en el año 1998, se casó con Andrés. Qué pueden hacer Carlos y Estela para cumplirse su promesa de amor.
- 6. ¿Cómo se procede en el caso del divorcio por mutuo consentimiento y cuáles son los puntos que obligatoriamente debe comprender?
- 7. Investigo cuántos países de la región centroamericana aún mantienen las causales de divorcio.
- 8. Señalo cuantas formas de disolver el matrimonio existen en Nicaragua. Y cuáles son los derechos que subsisten.
- 9. ¿En qué casos cabe declarar nulo un matrimonio y cuáles son los efectos?
- 10. Retroalimento mis aprendizajes con las que aparecen en las páginas No. 237-238

F. FILIACIÓN, ADOPCIÓN, ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y PATRIA POTESTAD



El contenido de este tema, igual que los otros le resultará familiar, en él abordaremos el vínculo que une a los descendientes con sus ascendientes, así como su concepto, fuentes, clases, características y efectos. De igual manera trataremos lo relativo a la Adopción y sus etapas en la legislación nicaragüense, así como la Patria Potestad hoy y las Relaciones Madre-Padre-Hijos. Empecemos estudiando los conceptos más reconocidos sobre filiación.

1. Conceptos

¿A qué se denomina filiación?

Según la Noción Natural.⁶⁸ La filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres; significa una relación de origen que permite conocer quiénes son los ascendientes de una persona determinada.

Según la noción Jurídica: Desde el punto de vista del Derecho, el término de filiación tiene dos acepciones. "Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc. sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación los hijos, los nietos, los bisnietos y tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen tanto en la filiación legítima como en la natural un estado jurídico".⁶⁹

La filiación, desde el punto de vista jurídico, reconoce la realidad biológica por la que unos seres descendientes de otros, pero no toda filiación biológica necesariamente es jurídica. Se requiere que se cumplan los extremos previstos en la ley para que el hecho natural de la filiación y esa relación nacida de la naturaleza tenga consecuencia jurídica. Es decir, para que tenga consecuencia jurídicas se requiere, o bien que se trate de una filiación nacida del matrimonio, o bien, si fuera extramatrimonial que hubiere el reconocimiento por los medios previstos en la legislación. Es decir, la filiación como vínculo jurídico no es sólo biológico, se requiere adicionalmente el reconocimiento legal. Lo usual es que la ley se base en la biología

⁶⁸ La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Manuel F. Chávez Asencio. Editorial Porrua, S.A. México, 1987.

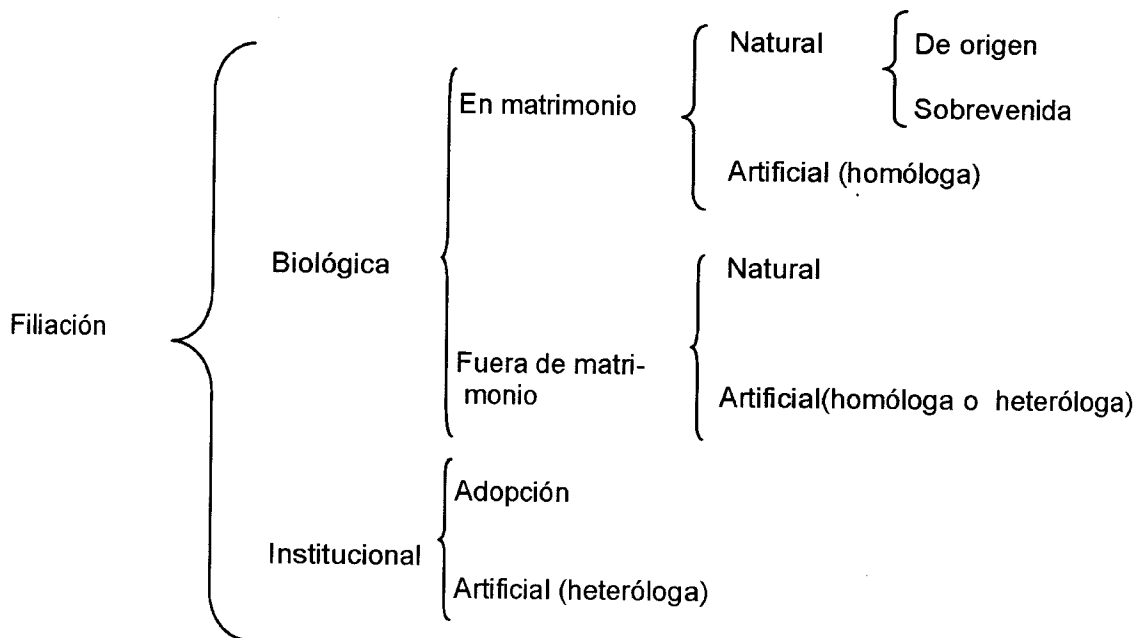
⁶⁹ Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia. Volumen II, pág. 265, Rafael Rojina Villegas.

para generar el vínculo jurídico, pero tenemos también la filiación adoptiva que no tiene nexo alguno en la biología.

La filiación biológica puede ser natural o artificial. La filiación natural es la consecuencia del acto sexual realizado en forma normal entre los consortes. La filiación natural fuera de matrimonio no admite esta segunda división.

En ambos casos (en matrimonio o fuera de él) puede haber la filiación como consecuencia de la inseminación artificial. En el matrimonio se trata de inseminación con elementos de ambos consortes (homóloga); en el concubinato deberá ser también con elementos de ambos concubinarios. En otras situaciones, como en el ejemplo de la madre soltera, la inseminación será heteróloga al no haber pareja humana.

Dentro de lo institucional, está la posibilidad de la inseminación artificial, pero ésta, para estar dentro de este grupo, debe ser heteróloga, es decir, con algún elemento distinto a los consortes o a los concubinarios, puesto que de acuerdo con la actual legislación alguno de los consortes o concubinarios no serán el padre o la madre "natural", pues por ser una inseminación heteróloga se está usando algún elemento extraño a la pareja.



La filiación es indivisible o divisible?

Normalmente la filiación es indivisible, es decir, la relación jurídica corresponde a ambos progenitores en matrimonio o en ambos concubinarios dentro de esta especial relación. Sin embargo, podemos encontrar casos de filiación dividida, la que se da en relación a los hijos habidos fuera de matrimonio, cuando sólo uno de los progenitores reconoce al hijo; también se da el caso de que alguno de los progenitores pierda la patria potestad por sentencia en alguno de los supuestos del artículo 444 C.C.

Dentro de esta relación jurídica, el estado de hijo trae consecuencia de Derecho independientemente de que la filiación sea dentro del matrimonio o extramatrimonial; en el último caso, se requiere el reconocimiento del o de los progenitores. Como principales

consecuencias o efectos se señala lo siguiente: Llevar el apellido, ejercer la patria potestad, la obligación alimentaria, las relaciones personales y jurídicas y los derechos sucesorios.⁷⁰

Desde los años 1785 se conocen casos de inseminación artificial inyectando directamente el espermatozoide en el útero, ahora la técnica y mejores conocimientos han permitido realizar recientemente la fecundación artificial in vitro.

Veamos los siguientes casos:

En 1978 el mundo entero recibe la noticia de que en Inglaterra había nacido Luisa Brown, la primera criatura humana concebida fuera de la matriz de su madre, fecundando el óvulo de ella, previamente extraído con espermatozoides de su esposo y produciendo la concepción in vitro, para luego reimplantar el óvulo fecundado en el seno materno para los nueve meses de gestación.

Nueve meses después el 3 de octubre de 1978, un matrimonio indio recibía su primogénito en Calcuta concebido en un método parecido.

Se tienen noticias también de congelación de óvulos de mujer que se someten a este procedimiento durante meses y se trata como un método de “congelación profunda”.

El 14 de enero de 1979, en Glasgow, Escocia, nació el primer varón concebido en probeta que fue bautizado como Elaiser Montgomery.

Una pareja francesa de 23 años de edad, reclama ante la justicia el derecho de ser inseminada con el espermatozoide de su esposo, fallecido hace un año, lo cual plantea a los jueces un caso único: ¿Puede permitirse el nacimiento de un niño gracias al espermatozoide de un muerto?⁷¹ La situación se plantea, porque en 1981 la pareja fue informada que el marido (Alain) sufría de cáncer en un testículo que iba a perder en la operación y que el tratamiento de quimioterapia lo dejaría estéril. Decidieron depositar el semen en un banco en Francia y posteriormente el marido murió.

Se relata también el caso de los “embriones compuestos de óvulos que fueron extraídos de la madre y fecundados con el espermatozoide de su esposo. La decisión fue adoptada por la pareja luego del fallecimiento de su hija de 10 años y después de que un segundo intento para tener familia fracasó por aborto involuntario.”⁷² Las preguntas formuladas fueron: ¿quién es responsable de los embriones? ¿deben desarrollarse y convertirse en seres humanos? ¿serían herederos del matrimonio desaparecido?

Surgen preguntas sobre los derechos que tienen los niños de probeta. Se trata de los casos de fecundación in vitro, en los que el embrión se congela. Estos embriones no pueden conservarse mucho tiempo y surgen las interrogantes: ¿a qué pareja se confían? ¿es lícito que se destruyan? ¿pueden ser objeto de investigación científica? ¿Para resolver todas estas

⁷⁰ Diccionario Enciclopédico de Teología Moral, pág. 414

⁷¹ Excelsior (diario de la ciudad de México) 28 de junio, 1984

⁷² Excelsior, misma fecha.

preguntas se debe plantear previamente otra: ¿Estos embriones son personas para el Derecho?⁷³

Para el jurista mexicano Rafael del Pina, es la relación de origen que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física.

En Derecho Civil, la filiación es el vínculo que une a los hijos e hijas, con su padre y madre. Es la procedencia de los hijos respecto a los padres, la descendencia de padres a hijos. Se entiende además, como la calidad que los hijos e hijas tienen con respecto a sus padres y madres, por las circunstancias de su concepción y nacimiento y en relación al estado civil de sus progenitores. La filiación consiste además en la relación de parentesco establecido por la ley entre un ascendiente y descendiente. Es fuente de la nacionalidad (Artos. 15/22 Cn)

También recibe esta designación, la relación natural constituida por el hecho de ser una persona procreada por otra, sea ésta el padre o la madre, hecho éste que trae consecuencias jurídicas que permiten la creación de un estado más o menos perfecto según el caso y las circunstancias que se presenten. Esto quiere decir una especial posición ante el orden jurídico, integrada por un conjunto de relaciones de derecho entre procreantes y procreados, o lo que es igual, entre padre, madre e hijos, al igual que una interrelación de derechos y deberes entre éstos y el resto de parientes del grupo familiar.

Lo anterior se conoce comúnmente como **maternidad o paternidad**, según lo queramos determinar por la línea materna (madre) o paterna (padre), en donde la primera, no es más que la relación de la madre con su hijo o hija, y paternidad, la relación del padre con su hija o hijo, llegando a concluir entonces que:

Para tratar el tema que nos ocupa, es necesario referirnos a lo que dispone nuestra legislación, en sus Artos. 199 al 282 C. el que a través del tiempo ha venido haciendo una distinción entre los hijos e hijas habidos en el matrimonio y los hijos e hijas extramatrimoniales, al margen de que los padres de éstos últimos estén aptos para el matrimonio o uno de ellos se halle casado con otra persona, aspecto éste que al menos para su denominación, ha sido superado con el texto constitucional que establece el principio de igualdad de los hijos, sin detenerse en el tipo de filiación.

Filiación, estrictamente hablando, es establecer como punto de referencia, el sujeto hijo o hija, con respecto a su madre o su padre

2. Fuentes de la Filiación

¿Cuáles son las fuentes de la filiación?

En este sentido ha sido reconocido de manera primordial el matrimonio como fuente de la filiación y consecuentemente, la unión de hecho estable, ambos tipos de familia reconocidos también por la Constitución Política vigente. Sin embargo, existen otros medios para acreditar el vínculo, tales son:

⁷³ La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Manuel F. Chávez Ascencio. Editorial Porrúa, S.A. México, 1987.

- a. **La Legitimación**, esta figura está contemplada en los Artos. 236 a 243 C. de nuestras disposiciones civiles, siendo una institución que regula el cambio de la situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio en virtud de la celebración posterior de éste por quienes los engendraron. Se utiliza esta misma designación en relación a los efectos del hijo por el matrimonio de sus padres celebrado con posterioridad a su nacimiento.

En el Derecho Romano esta figura adoptó tres manifestaciones: subsiguiente matrimonio, población de la curia y el rescripto imperial, aspectos que ejercieron su influencia en el derecho de los demás países. Nicaragua sólo lo reconoce por el **subsiguiente matrimonio de los padres** y debe ser inscrito en el Registro del Estado Civil de las Personas.

- b. **El Reconocimiento**, acto jurídico familiar, mediante el cual se reconoce como hijo al nacido de uniones libres, puede efectuarse conjunta o separadamente por los padres en el acto del nacimiento, acudiendo al Registro del Estado Civil de las Personas, o mediante escritura pública, cuando sólo uno de ellos ha acudido a dar el aviso de ley, según el Arto. 222 y sigts. C.

Cuando el hijo fuere mayor de edad (21 años) deberá ser consultado para que preste su consentimiento. Es característica de este acto, su unilateralidad, además es declarativo-confesional, tiene efectos retroactivos al periodo de su concepción individual, irrevocable e incondicional.

- c. En cuanto a la **adopción** debemos decir que tiene un marcado fundamento ético, lo cual justifica su inclusión en la norma jurídica. En la época primitiva se consideró que la causa de ésta era la religión; la creencia de la persistencia de la vida después de la muerte, exigía dejar sobre la tierra herederos que rindieran culto a los muertos, el rito religioso, sin el cual el alma moría o vagaba entre los vivos, como alma en pena. Época que veían con preferente interés al adoptante.

En la actualidad no se trata de dotar de descendientes a quien no los tiene, o de reparar omisiones en la legitimación de hijos habidos fuera de matrimonio, sino de proveer a los menores de edad, huérfanos o abandonados, de la protección y el afecto de padres sustitutos.

Según el Arto.1 de la ley⁷⁴, es la institución por la que el adoptado entra a formar parte de la familia del adoptante para todos los efectos, creándose entre adoptante y adoptado los mismos vínculos jurídicos y de parentesco que ligan a los padres con los hijos estableciéndose en interés exclusivo del desarrollo integral del menor.

La adopción es irrevocable y no puede terminar por acuerdo de partes. También será inimpugnable transcurridos seis meses después de la notificación de la sentencia. Dicho término se extiende hasta los cinco años para los padres que aleguen causa justificada de su no oposición en las diligencias de adopción. Algunas legislaciones le han atribuido a la adopción una naturaleza contractual, como Francia en el Código Napoleónico; otros lo ven como un acto de poder estatal, en razón de que es la autoridad competente; en nuestro

⁷⁴ Decreto No.862, Ley de Adopción, 1981

derecho el juez civil y muy pronto el Juez de Familia, el que aprueba y decreta la adopción, no sin antes llenar el trámite administrativo.

Es el acto por el cual se recibe como hijo propio con autoridad judicial o política, a quien por naturaleza no lo es. Es entonces la adopción una imagen de la naturaleza. Los emperadores acudieron a ella como medio de asegurarse sucesores de su afecto y confianza, creando artificialmente la filiación y la patria potestad. Para nuestro derecho al igual que el matrimonio y la unión de hecho, la adopción, es fuente de filiación, según lo preceptúa el Arto. 79 Cn.

3. Clases de Filiación

¿ Cuáles son las clases de filiación?

En Nicaragua, con anterioridad a la promulgación de la Constitución, del año 1974, mediante decreto No. 327 publicado en La Gaceta No. 46 del 23 de febrero de 1974, se reformaron los artículos 263 y 265 C., relativos al ejercicio de la Patria Potestad en igualdad de condiciones para los hijos ilegítimos o no reconocidos.

Son legítimos según el Arto. 200 C., los nacidos de matrimonio presumiendo que tienen tal calidad los que hubieren nacido después de 180 días de la celebración del matrimonio, así como los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del mismo.

En cambio se consideran ilegítimos o de filiación extramatrimonial, los hijos habidos dentro de una unión no matrimonial y conforme el Arto. 220 C., también los que no han sido legitimados. Se llega incluso a clasificarlos como naturales y no naturales, por razón de la aptitud que para el matrimonio pudiesen tener sus padres.

El Derecho ha organizado para los primeros, un sistema de pruebas y presunciones, que lo ponen a resguardo de cualquier discusión que ponga en duda su filiación, no así a los segundos, de quienes se considera su filiación es sospechosa, los padres llegan a ocultar el nacimiento de los hijos, siendo la prueba normal para la determinación de la filiación el reconocimiento que le hacen los padres.

Sin embargo, puede impugnarse e investigarse la paternidad y maternidad, según nuestra Constitución Política.

La primera es el acto por el cual se pretende anular la presunción de paternidad establecida en contra del marido en los casos en que éste no puede ser el padre del hijo que se le imputa como tal. La segunda es la averiguación judicial acerca de a quien pueda atribuirse ésta de manera indubitada. De ahí que haya resultado más práctico autorizar la investigación de la maternidad que de la paternidad; hoy día las legislaciones modernas facilitan este tipo de acciones.

El Arto. 78 de la Constitución nicaragüense establece el principio de justicia de la libre investigación de la paternidad y maternidad, a tono con los parámetros de la legislación moderna.

4. Característica y procedimientos de la filiación

¿ Qué características tiene la filiación?

Entre sus características podemos señalar:

- a. Es un fenómeno jurídico fundamentado en la procreación, salvo la adopción.
- b. Constituye un estado civil.
- c. Es fuente de fenómenos jurídicos, tales como: nacionalidad, sucesión, alimentos, entre otros.

¿ Cuáles son las características de la adopción?

Podemos señalar: que se trata de un **acto jurídico**, porque es una manifestación de voluntad lícita que produce las consecuencias jurídicas queridas por sus autores; es **plurilateral** porque intervienen más de dos voluntades; es **mixto**, al intervenir sujetos particulares como representantes del Estado; **solemne**, porque requiere de las formas procesales señaladas en la ley de la materia y por último es **constitutivo**, al nacer la filiación entre adoptante y adoptado y da cabida a la relación Paterno-Filial.

En Nicaragua su regulación se encuentra establecido por el Decreto No. 862 publicado en La Gaceta No. 259 del 14 de noviembre de 1981, consta de 38 artículos y es una forma de crear el vínculo de filiación, entre adoptante y adoptado, ya que según el Arto. 1 de la misma, éste entra a formar parte de la familia de quien lo adopta, desligándose para todos los efectos de su familia consanguínea.

¿ Con qué procedimientos se realiza?

El procedimiento para llevar a cabo la adopción según la ley de la materia consta de dos etapas; la primera de carácter administrativo, que se realiza ante las oficinas del consejo de adopción, de la dirección tutelar del Ministerio de la Familia (MIFAMILIA), donde acuden los interesados para la presentación de su solicitud; si llena los requisitos del caso pasan a ser analizada por el equipo técnico y luego por el Consejo de Adopción, integrado por representantes de diversos sectores de la sociedad civil, quien le da su aprobación.

Una segunda etapa es la que tiene lugar una vez obtenida la aprobación referida en el párrafo que antecede que permite iniciar el proceso judicial, ante el Juez Civil de Distrito competente, y según lo previsto por la misma ley en sus Artos. 14 y siguientes, se da intervención al Consejo de Adopción, a la Procuraduría Civil de Justicia y los opositores si hubiere así como a los solicitantes o quien les represente en el juicio.

La sentencia que emita se deberá inscribir en el Registro Civil competente, como reposición de partida de nacimiento, eliminando cualquier evidencia que pueda relacionar al adoptado, con su familia de origen.

Esta adopción es de carácter **IRREVOCABLE** y el adoptado entra al ejercicio pleno de derechos y deberes como los demás hijos del adoptante si los hubiere, surtiendo efectos jurídicos en materia de sucesión, impedimentos matrimoniales, etc.

5. Adopción Internacional

a. Concepto

Qué entendemos por adopción internacional?

Recordemos que desde el punto de vista jurídico, adoptar es el acto de “prohijar, aceptar como hijo a quien no lo es naturalmente, con arreglo a los requisitos de fondo y forma de las leyes, allí donde se admite.”⁷⁵

Es considerada como una posible solución para niños y niñas que no pueden vivir con sus familias. Y sólo podrá tener lugar cuando la autoridad competente del estado de origen haya establecido que el niño es adoptable. Priorizará el mantenimiento del vínculo materno-infantil y el vínculo familiar más cercano, como pasos previos a la adopción.⁷⁶

Intimamente vinculado al tema, de Adopción, se encuentra el de **Adopción Internacional**, regulado por la Convención de La Haya de Protección de los Niños y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, mejor conocida como la Convención de La Haya, y consiste en un convenio multilateral elaborado para la aplicación concreta y puesta en práctica del artículo 21 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ocupándose exclusivamente de las adopciones. El título de: “Convención de La Haya de Protección de los Niños y Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, fue adoptado en Holanda el 29 de mayo de 1993 y entró en vigencia el 1 de mayo de 1995. Esta Convención tiene por objeto organizar la cooperación entre los estados parte que participan en procedimiento de Adopción Internacional.

Son objetivos del Convenio de La Haya :

- 1). Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que se reconoce en el derecho internacional.
- 2). Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños.

Otro instrumento internacional a señalar es la **Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores**

Esta Convención se llevó a cabo en La Paz Bolivia el 24 de mayo de 1984, donde participaron los estados miembros de la Organización de Estados Americanos para discutir asuntos relacionados con la adopción de niños(as) en dichos países y entre dichos países.

Establece que será aplicada a la adopción plena de niños(as), forma de adopción que se practica en nuestro país, suministrando al menor adoptado todo lo necesario bajo su condición de hijo, cuya filiación esté legalmente establecida, en los casos en que el adoptante o los adoptantes tengan su domicilio en estado parte y el adoptado su residencia habitual en otro

⁷⁵ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. G. Cabanellas., L Alcalá Zamora. Editorial Heliasta, 1979

⁷⁶ Mon. Análisis de la Adopción internacional y su posible aplicación en Nicaragua. De Nueda Somarriba Harriet y otra. UCA, Nicaragua, 2000

estado parte. Trata de regular las adopciones internacionales que se dan entre países miembros de la OEA, teniendo siempre como principal objetivo el desarrollo integral de los niños y niñas que se dan en adopción entre dichos países, y será la ley del país de residencia del menor solicitado en adopción la que regirá todos los requisitos, procedimientos y formalidades necesarias para la Constitución de la adopción.

Al tenor del Arto. 4 de esta Convención: “La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá:

- a). La capacidad para ser adoptante;
- b). Los requisitos de edad y estado civil del adoptante;
- c). El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso;
- d). Los demás requisitos para ser adoptante.

Este mismo artículo establece en su segundo párrafo que cuando la ley del país del adoptante sea menos estricta que la del país de residencia del menor, la adopción se realizará de acuerdo con la ley del país del adoptante.

El registro de la adopción se dará en el país donde sea realizado dicho proceso, es decir en el país del adoptado y en el asiento registral deberá constar la modalidad y las características de la adopción.

Nuestra Ley de Adopción en su Arto. 31 y 34 expresa que al momento de hacer la nueva inscripción del menor ésta se hará como si se tratara del nacimiento de un hijo consanguíneo, evitando hacer referencia del hecho mismo de la adopción y que los certificados de nacimiento no harán referencia alguna a la adopción.

Conforme la Convención, las autoridades que otorguen la adopción pueden exigirle al adoptante o adoptantes acrediten su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas o privadas, las mismas deberán estar reconocidas por el órgano competente de conocer de la adopción en el país de origen del adoptado, esto para garantizar la protección y un buen futuro al menor. Las instituciones que acrediten las aptitudes referidas anteriormente se comprometerán a informar a la autoridad otorgante de la adopción acerca de las condiciones en que se ha desarrollado la adopción, durante el lapso de un año.

Este procedimiento se observa en nuestro país dentro del proceso administrativo, que se realiza antes del procedimiento judicial, a cargo de un consejo de la adopción creado como parte del Ministerio de la Familia. Respecto a lo de las instituciones que acreditan la buena condición de los adoptantes, estos deberán ser reconocidas por el Ministerio de la Familia, además de estar autenticadas por el gobierno de donde es el adoptante. En el reglamento interno del Ministerio de la Familia se establece que en los casos de adopciones internacionales, los padres adoptivos deberán estar reportando el desarrollo del menor por lo menos una vez al año.

Otro artículo que tiene similitud con nuestra Legislación es el No. 9 que expresa que las relaciones entre el adoptante o los adoptantes y el menor adoptado, inclusive las alimenticias y las del adoptado con la familia del adoptante se regirán por la misma ley que rige las relaciones del adoptante con su familia biológica, en Nicaragua será de la misma manera. Los vínculos del adoptado con su familia de origen se considerarán disueltos, pero siempre subsistirán los impedimentos para contraer matrimonio.

La Convención señalada ha establecido que la adopción es irrevocable, disposición que se encuentra contenida en la Ley de Adopción de Nicaragua en el artículo 1 en el párrafo segundo que textualmente dice: "La adopción es irrevocable y no puede terminar por acuerdo de las partes...". De acuerdo con esto, una vez realizada la adopción del menor ésta será definitiva y por ninguna razón los adoptantes o el adoptado podrán renunciar a la misma.

No obstante lo anterior, expresa la posibilidad de que dicha adopción sea revocada sólo en los casos de los países que dentro de sus legislaciones contemplen otra forma de adopción internacional que no es la plena, **por ejemplo**: existen países miembros de la OEA donde se practica la adopción simple que es cuando uno de los cónyuges adopta pero el otro miembro de la pareja no, es decir que el niño o la niña es adoptado sólo por uno de los cónyuges, en Nicaragua la adopción que se practica es la plena por lo cual esta disposición no afecta en nada esta figura.

El arto. 14 de la Convención contempla la anulación de las adopciones y la posibilidad de que una adopción plena sea convertida en adopción simple ni viceversa, según los Artos. 13 y 16 ; disposiciones que no están reguladas por nuestra Legislación, al no existir la figura de adopción simple.

Al tenor del artículo 15 de la Convención: "Serán competentes en el otorgamiento de las adopciones a que se refiere esta Convención, las autoridades del Estado de la residencia habitual del adoptado". De acuerdo con este arto. serán las autoridades del país del menor las que decidirán sobre la adopción del mismo por una persona de otra nacionalidad, es decir un extranjero y todo el procedimiento que esto conlleva; es de esta manera que se realizan las adopciones en Nicaragua por lo que esta disposición es perfectamente adaptable a nuestra ley.

La escasez de niños susceptibles de ser adoptados en España, frente a la gran demanda de aspirantes a padres adoptivos y la existencia de países donde la situación es la contraria, ha hecho que muchos, para resolver el problema, vuelvan sus ojos a la adopción internacional. Sobre la misma vamos a exponer nada más que unas breves ideas y consejos que debemos agradecer al joven abogado Donostiarra Javier Segura, que ha pasado por tales ideas:

Respecto de la elección del país donde intentarlo, los trámites de legalización son más sencillos y claros en países que, como ocurre con algunos sudamericanos, hayan firmado con España un protocolo Internacional de Adopción. También son preferibles los países que, como España, reconozcan la adopción plena (equiparada a las demás formas de filiación.)

Presentada la solicitud se procede a emitir, tras las comprobaciones pertinentes, por parte del organismo de Bienestar Social encargado de un Juicio de Idoneidad que se incorpora al expediente. Este, con toda su documentación, tras obtener las pertinentes legalizaciones consulares, se remite a través del actual Ministerio de Trabajo, S.S. y Asuntos Sociales al país de destino.

La tramitación continúa en dicho país según sus normas, que suelen incluir nuevos análisis de los solicitantes y juicios de idoneidad, con fases de entregas temporales del menor. Aquí está facilitada si la comunidad autónoma correspondiente del domicilio de los padres ha reconocido alguna Agencia Internacional de Adopción para entender las gestiones. En las etapas finales, el solicitante debe trasladarse, normalmente por una temporada superior a un mes a dicho país. Recomienda Javier, además de inscribirse en el correspondiente Registro como transeúnte, el no vivir en un hotel para facilitar estas etapas.

La adopción suele culminar con una aprobación judicial. Recomienda Javier obtener a ser posible varias copias, debidamente legalizadas de la resolución judicial aunque ello demore la vuelta, dada la dificultad de obtención posterior. Se suele dar o establecer un plazo de cuarentena de unos cuantos años durante los cuales se podría revocar. Especialmente durante este período, las autoridades de dicho país pueden hacer un seguimiento de la situación del menor.

La adopción posteriormente debe obtener en España el reconocimiento judicial y administrativo de la resolución judicial para finalmente inscribirse en el Registro Civil.

Los padres deben estar dispuestos no sólo a una espera para la tramitación que no suele ser menor de nueve meses y a una estancia en país de incierta duración. Los gastos de toda la tramitación y las legalizaciones que deben obtenerse, pueden hacer que el costo de la obtención de un niño en adopción ascienda a varios millones. Aunque sin duda se verán compensados con las satisfacciones de la paternidad.⁷⁷

b. La adopción en los países centroamericanos

A continuación presentamos un cuadro comparativo del tipo de adopción existente en el área centroamericana y se puede identificar la adopción simple y la adopción plena, la primera permite que de manera contractual, se adopte un niño o niña, lo que significa que en cualquier momento puede éste ser devuelto por los adoptantes, no así en la segunda, que es de carácter irrevocable, tal como sucede en la legislación nicaragüense.

ADOPCIÓN Y EL DERECHO COMPARADO CENTROAMERICANO

COSTA RICA Arto. 100/ 126 C de F	Plena	→	Irrevocable
	Simple	→	Revocable
Guatemala Arto. 54 Cn. 228 C	Simple	{ Escritura pública Judicialmente	
Honduras Arto. 116 Cn Arto. 120 CF	Simple		
	Plena		
El Salvador Arto. 165/185 C de F	Plena	{ Cabe la adopción por extranjero debidamente acreditado por entidad Gubernamental y cuando se agote la posibilidad a nivel local	
Panamá Arto. 290/315 C de F	Plena		
Nicaragua Arto. 79 Cn Dec. 862, 1981	Plena	{ Mantiene vigente los impedimentos matrimoniales	

⁷⁷ Filiación matrimonial y extramatrimonial. Derechos y deberes frente a los hijos. La adopción y la adopción internacional. 23/05/2001, Carlos Huidobro y Arreba, Notario de Eibar. <http://V2.vlex.com/es/asp/canales/noticias.asp?Articulo=103022>

En todos los casos debe mediar 15 años de diferencia entre adoptante y adoptado, la edad de los adoptantes oscila entre, 18, 25 y 30 años y en ningún caso excederá de 60.

Desde el año 1995, en el Parlamento Centroamericano (PARLACEN), se presentó iniciativa de Ley tipo en materia de adopción plena, el que pretende se conserven por parte de los adoptados y adoptadas, los mismos vínculos que con la familia de origen, mantiene vigente los impedimentos matrimoniales, mayor de 21 años, proceso psico social adecuado, diferencia etárea de 15 años entre adoptante y adoptado.

c. Cuáles son los efectos de la adopción internacional?

1). Efectos positivos de la adopción por extranjeros

- Se considera como principal efecto positivo de la adopción extranjera, que el hijo adoptivo tenga mayores oportunidades de mejorar su condición jurídico-social en países desarrollados, que ofrecen facilidades de toda índole para la superación personal.
- Mediante la adopción se procura que los menores huérfanos o abandonados de cualquier edad, puedan ser incorporados a una familia extranjera que les proporcione las condiciones familiares y ambientales para su desarrollo integral.
- También por medio de la adopción por extranjeros se legaliza la situación de hecho en que se encuentran algunos menores bajo el cuidado personal de personas particulares, que no están en condiciones de proveerles de todo lo que necesitan para la crianza y educación de los mismos.

2). Efectos negativos

- La dificultad de adaptación del menor a una cultura y condiciones de vida completamente diferentes a las que estaba habituado.
- La discriminación de que pueda ser objeto por su condición de extranjero en el país de los adoptantes.
- Problemas de tipo psico-sociales del niño por el aspecto físico diferente a sus padres adoptivos y al grupo de niños donde se desenvuelve
- La dificultad de adaptación del niño pre-adolescente con bajo nivel académico para continuar sus estudios, con compañeros menores a su edad, o lo que podría ser peor con personas adultas
- La rivalidad que se puede presentar entre el hermano biológico y el adoptivo y preferencia involuntaria de los padres adoptivos hacia los hijos biológicos
- La adopción de niñas adolescentes por padres adoptivos mayores no con el objeto de adquirir una hija, sino para utilizarlas como domésticas.
- La situación del adoptado en un país extraño le acarrea inseguridad jurídica en cuanto a su status de nacionalidad o residencia⁷⁸

⁷⁸ VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Ponencia: Adopción Doméstica, Adopción Internacional, Efectos Positivos y Negativos de la Adopción por Extranjero. Presentado por: Dr. Agustín Ernesto Alas, San Salvador, sept. 1992.

Ejercicio

Responda: ¿Cuántas clases de Filiación conoce y cuáles reconoce la legislación nicaragüense?

Este instrumento internacional aún no ha sido ratificado por Nicaragua, la razón principal radica en que dicha Convención regula la posibilidad de que parejas extranjeras puedan adoptar niños o niñas nicaragüenses, a través de organismos no gubernamentales o agencias y aunque menciona cierto control estatal, verdaderamente no podría darse de manera tan efectiva debido a que la relación directa con los adoptantes, tal como está ahora establecida, se haría a través de un organismo no gubernamental aunque éste se encuentre debidamente certificado.

Lo anterior contradice el espíritu del decreto No. 862, 1981 -Ley de Adopción y la Constitución Política de Nicaragua.

Nicaragua debe adherirse a la Convención de La Haya, manteniendo el derecho de niños y niñas nicaragüenses a ser adoptados, en último recurso, por familias extranjeras de países que la han ratificado, siempre y cuando el Estado nicaragüense continúe ejerciendo el control y supervisión durante la fase administrativa y judicial y el Estado al cual pertenece la familia adoptante, garantice debidamente un proceso transparente y un seguimiento posterior sistemático.

Ahora veamos la patria potestad como otra fuente de filiación.

6. La Patria Potestad

Iniciemos con las consideraciones históricas de la patria potestad. Su origen se remonta al Derecho Romano, el Código Civil la recoge en sus Artos. 244 al 282, sin embargo, buena parte de su articulado ha sido modificado por el Decreto N. 1065 -LEY DE RELACIONES MADRE-PADRE-HIJOS, que confiere iguales derechos para su ejercicio al padre y a la madre de los hijos, lo que tiene sentido si analizamos nuestra Constitución Política en sus Artos. 27 y 48, así como el Capítulo IV de los Derechos de la Familia de los Artos. 70 al 79 y el mismo Decreto No. 327 del año 1974. Este decreto dejó sin efecto, la denominación de Patria Potestad, según el arto. 15 del mismo.

La patria Potestad, tiene su origen: por nacimiento, legitimación, reconocimiento, adopción, posesión de estado, entre otros, que a su vez son fuentes de filiación.

En Nicaragua, a partir de la Constitución de 1987, el Estado asumió el papel tutelar de la Familia de acuerdo al Capítulo IV relativo a los Derechos de la Familia. En efecto, el Artículo 70, a la letra dice: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de ésta y del Estado."

La paternidad y la maternidad derivan de la filiación, figura regulada en el Código Civil vigente desde 1904. Las normas establecidas en la legislación civil son discriminatorias y propician la desigualdad entre los hijos según la filiación de origen. El artículo 199, del mencionado Código, establece: "Los hijos son legítimos e ilegítimos".

Ha sido pues, con la Constitución de 1987, artículo 75, que se establece la igualdad de derechos de todos los hijos e hijas ante ley. Sin embargo, esta norma constitucional carece de una norma secundaria que la haga efectiva en la práctica, en vista de que aún subsisten las normas del Código Civil, que establecen tres tipos de hijos, según sea su filiación:

- Hijos legítimos
- Hijos ilegítimos
- Hijos legitimados

La filiación por adopción se encuentra reconocida en la Ley de Adopción de 1981, la que establece que una vez producida la adopción, ésta es irrevocable y surte todos los efectos de una relación y parentesco consanguíneo.

Hasta ahora hemos venido tratando la filiación y la adopción, en el transcurso, hemos mencionado la Patria Potestad.

a. Concepto

Pero ¿qué es la Patria Potestad?

La patria potestad, es poder del padre sobre sus hijos, según el mismo Derecho Romano. Es decir, tiene derecho sin deber aparente. El hijo está sujeto a la potestad de los padres hasta la mayor edad o hasta la emancipación.

Para el mexicano Rafael del Pina, Patria Potestad es el conjunto de facultades a quienes ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria. Es entonces dirigir y proteger a los hijos, así como administrar sus bienes.

Según los juristas Cabanellas y Alcalá Zamora, es el conjunto de derechos y deberes que al padre, y en su caso a la madre, corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados.

Para Ríos Sarmiento, caracteriza la patria potestad como autoridad y protección confiada por la ley al padre sobre sus hijos legítimos, para su educación y utilidad de toda su familia.

Estudiosos de esta materia distinguen dos aspectos: uno referido a la protección de los intereses materiales (asistencia protectiva) y otro, a la de los intereses espirituales (asistencia formativa, particularmente dedicada a la educación del menor)⁷⁹.

Mientras los hijos son menores de edad los padres tienen una serie de deberes hacia ellos, para su protección y formación, para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento, necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos, llamándose patria potestad al conjunto de éstas, o al poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos.

⁷⁹ El Derecho. Consecuencias derivadas de la separación y divorcio respecto de las relaciones paterno-filiales. Patria Potestad

La patria potestad dura, en principio, mientras que el hijo no llega a la mayoría de edad. Pero puede también acabar antes de la mayoría por otras razones como la muerte de los padres o la consecución de la emancipación por el menor. Y puede subsistir sobre los hijos mayores, en la figura de la patria potestad prorrogada, que establecen algunas legislaciones.

Normalmente, confiere a los padres la representación legal del hijo y encierra un doble contenido: personal y patrimonial por cuanto señala como deberes inherentes a la patria potestad el velar por los hijos y tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral así como representarlos y administrar sus bienes.

Marco normativo de paternidad⁸⁰

El principal instrumento jurídico internacional ratificado por Nicaragua, relativa a la niñez y la adolescencia, es la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada en Abril de 1990 por el Estado nicaragüense. La Convención contiene especial protección para los niños y niñas respecto al derecho a conocer y ser cuidados por su padre y madre, así como el derecho al nombre y nacionalidad que conlleva a la inmediata inscripción de su nacimiento.

De manera complementaria se puede invocar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Nicaragua en marzo de 1981, el que también contiene disposiciones generales sobre el derecho a un nombre, a la inscripción después del nacimiento y el derecho a adquirir una nacionalidad.

La Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por el Estado nicaragüense en 1980, es el principal instrumento de Derechos Humanos en el ámbito regional. Reconoce en el artículo 19 que. "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por su familia, la sociedad y del Estado".

En el Código Civil nicaragüense, a partir de los artículos 217 y 219 indican que la figura del reconocimiento tiene como característica el ser un acto individual e irrevocable, sin embargo, cuando el reconocimiento se efectúa mediante testamento, éste como expresión de última voluntad, puede ser revocado en cualquier momento antes de morir. Se produce la duda si el reconocimiento, dado a un hijo en testamento, que luego es revocado, queda también sin efecto. Lamentablemente no hay jurisprudencia contundente de la Corte Suprema de Justicia que sirva de orientación para estos casos.

De acuerdo al Código Civil, el reconocimiento se puede llevar a cabo de las siguiente manera:

- 1). Ante el Registro del Estado Civil de las Personas. Esto es, en el acto de inscripción, deben comparecer tanto el padre como la madre, aún cuando no estén casados, voluntariamente a inscribir al hijo o hija. Es un acto de declaración ante el funcionario administrativo del Registro que no requiere de formalidades. Se acompaña la constancia del hospital o centro de salud en donde nació el niño o niña y la identificación de ambos padres. Esta inscripción debe hacerse, en el plazo mínimo de 8 días después del nacimiento o dentro de los 12 meses subsiguientes al mismo. La inscripción es gratuita, no así el Certificado de Nacimiento.

⁸⁰ Paternidad Responsable en Centroamérica. Enrique Gomález y otros. Fundación Género y Sociedad. San José Costa Rica, 2002

- 2). En Escritura pública pasado el plazo establecido por la ley para la inscripción del nacimiento y si el padre ha consentido en reconocer al hijo o hija, podrá hacerlo ante Notario Público en instrumento llamado Escritura Pública. Es un acto notarial que genera honorarios para el Notario. El testimonio o copia fiel de la escritura matriz debe ser llevada ante el Registro del Estado Civil de las Personas correspondiente para su respectiva inscripción.
- 3). En testamento como acto de última voluntad. El padre puede también reconocer al hijo mediante testamento.

Investigación de paternidad: concepto y procedimiento

La Investigación de paternidad es una forma para determinar la filiación ilegítima o fuera de matrimonio. La filiación ilegítima o extramatrimonial se establece en dos formas: el reconocimiento, el que ya hemos analizado y surge también por la imputación de paternidad derivada de una sentencia en acción de reclamación de estado interpuesta por el hijo / a o su representante legal, que generalmente es su madre. Si el padre no ha reconocido a su hijo / a voluntariamente a través de la figura del reconocimiento, la única salida legal que queda es un proceso ordinario de investigación de paternidad. Los plazos son más amplios que en el proceso sumario y es posible que dure algunos años. Una vez interpuesta la demanda, se tiene 6 días para contestarla, 20 días de pruebas y 15 días para dictar sentencia, aparentemente son plazos cortos, pero en la práctica los procesos ordinarios contenciosos duran muchos años porque se pueden producir incidentes en el desarrollo del proceso, además de los recursos de apelación y casación que pueden llegar hasta a la Corte Suprema de Justicia. Es un proceso costoso en cuanto a la asesoría jurídica porque es especializada y compleja. Para la investigación de paternidad, el Código Civil parte del principio que es padre el que hubiere tenido relaciones con la madre en la fecha probable de la concepción.

¿Cómo comprobar la filiación?

Las testificaciones de sangre proveen sin duda los mejores métodos para dilucidar totalmente los intereses involucrados, evitando factores subjetivos en los mismos.

Puede además perseguirse penalmente por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, en tal situación, el 10% de los hombres son acusados falsamente, según la experiencia anglosajona coincidentemente con la nuestra. El falso testimonio y el perjurio de la madre suelen deberse a la atracción que le producen los altos ingresos del hombre alegado como padre.

Por último debe recordarse que la condición principal de validez en toda pericia es la unanimidad de criterio en la comunidad científica como "útil" y no la infalibilidad puesto que ésta es una cualidad abstracta en biología.

El ADN es la forma simplificada de probar la paternidad al ácido desoxirribonucleico, su sinónimo en inglés es DNA.

En un fallo que sentó jurisprudencia el juez estimó que el HLA es aceptado por la comunidad científica, debido al uso de estas determinaciones en otras áreas de identificación humana como es el trasplante de órganos cuyo origen científico se registró en 1953, estimando que la seguridad es esencial cuando se trata de la vida humana, debe transferirse la extrema

seguridad que caracteriza entre dador y receptor de órganos a la determinación de la paternidad, utilizando los mismos principios y métodos científicos. Es síntesis, si de la seguridad en la determinación de compatibilidad depende una vida, de esa misma seguridad depende la correcta determinación de la ausencia o de la existencia de la paternidad.

Para los propósitos del uso de los test de sangre no existen distinciones entre juicio de paternidad y persecuciones criminales, debido a que el objeto es siempre la identificación de las personas. Obviamente las evidencias (manchas) son más frecuentes en estos últimos.

En nuestro régimen legal no es factible obligar a una persona a acceder a la extracción de la muestra de sangre necesaria para efectuar los análisis pertinentes en el fuero civil, en casos de investigación de la filiación biológica.

El fin de toda investigación de filiación es hacer justicia reparando un daño social, ya sea éste voluntario o involuntario. A partir de este hecho, se fueron concatenando sucesos científicos que nos llevan hoy, noventa años después a una certeza casi absoluta en la vinculación biológica investigada entre dos personas físicas, o la relación de una persona física con una evidencia en un caso criminal.

Ya en 1930 se habían desarrollado técnicas de laboratorio lo suficientemente seguras y confiables, aplicando los fundamentos teóricos de Landsteiner y nacen así "las pruebas hematológicas" que encuentran recepción en los códigos de algunos países.

Analicemos la información práctica sobre el ADN. Los resultados del estudio del ADN en las evidencias pueden determinar la culpabilidad o inocencia en actos criminales de una determinada persona, o el diagnóstico de paternidad.

Las aplicaciones del ADN incluyen:

- Confirmar o refutar evidencias circunstanciales o testigos.
- Apoyo para los testigos o las víctimas para avanzar en el litigio sabiendo que su testimonio de incriminación, o a la inversa, será confirmado científicamente por el ADN
- Exculpación de falsos acusados
- Confirmación en crímenes seriados del mismo autor
- Identificación de restos humanos en crímenes y catástrofes
- Confirmación de identidad en casos sospechosos de fraude a las compañías de seguro
- Determinación de la actuación de múltiples individuos en un crimen
- Vinculación de una persona como autor de un crimen cuando no existen testigos orientadores.

Que es la impugnación de paternidad: concepto y procedimiento

La impugnación es el acto mediante el cual se pretende anular la presunción de paternidad establecida respecto al marido, en los casos en que éste no puede ser el padre del hijo que se les imputa como tal.

De acuerdo con el Código Civil la legitimidad de los hijos sólo puede ser impugnada por el marido personalmente, por apoderado especial, o por sus herederos (Artículo 204 Código Civil). Toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo / a debe intentar en juicio, dentro de sesenta días, contados desde el día en que el hombre tuvo conocimiento del parto.

El proceso es ordinario, contencioso, escrito y bajo los medios de prueba que taxativamente señala el Código de Procedimiento Civil vigente, desde principios del siglo XX, por lo tanto excluye los medios de pruebas que proporciona la tecnología moderna. Estos procesos, como ya explicamos, pueden durar años dado su complejidad y además siempre requieren la asesoría jurídica especializada que no siempre se proporciona en los Bufetes Jurídicos de las Universidades o de Centros de Mujeres.

La impugnación de la paternidad también se puede intentar en los siguientes casos:

- Si la madre contrajo nuevo matrimonio en el período prohibitivo, el hijo que naciere antes de los 180 días del segundo matrimonio, se presumirá concebido en el primer matrimonio.
- Si el hijo que nace después de los 180 días de celebrado el segundo matrimonio, se presume que es del segundo marido, aunque estuviere dentro de los 300 días posteriores a la disolución del primer matrimonio.
- Cuando el hijo nacido dentro de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio de la madre, se presume concebido durante el matrimonio de ella, aún cuando la madre u otro que se diga su padre, lo reconozca como hijo legítimo.

Igualmente, con la Ley 1065 o Ley Reguladora de las Relaciones Madre-Padre.-Hijos se ha señalado la igualdad jurídica de todos los hijos / as frente a la ley y de cara a las responsabilidades que padres y madres tienen con ellos o ellas sin distingo del tipo de filiación. Esta Ley, vigente desde 1981, indica la responsabilidad compartida en la educación, crianza y mantenimiento de los hijos tanto para el padre como a la madre, con iguales derechos y obligaciones. De manera que, si un padre se separa de la madre y a ésta se le concede la custodia de los hijos, siempre se deja a salvo el derecho del padre de relacionarse con sus hijos o hijas.

Cabe señalar que en el caso que la madre se oponga a que el padre se relacione con sus hijos/as, él tendrá que solicitar la intervención de un Juez para que establezca el régimen de visitas.

Finalmente cabe destacar que no existe ninguna disposición jurídica que defina la paternidad y maternidad responsable. No obstante, de las normas jurídicas existentes podemos hacer un esfuerzo de derivar elementos generales que apunten a una aproximación sobre estos conceptos. **Por ejemplo:**

- De la Ley Reguladora de las Relaciones Madre-Padre-Hijos (vigente desde 1981) se desprende la obligación de atender, cuidar, educar y representar legalmente a los hijos / as.
- De la Ley de Alimentos (vigente desde 1992), la obligación de prestar alimentos a los hijos / as sin distingo de la filiación de origen. Entendiendo alimentos no sólo a la obligación alimenticia propiamente dicha, sino también a la obligación de proveer habitación, vestuario, atención médica, recreación y educación.
- El Código de la Niñez y la Adolescencia (vigente desde 1998) inspirado en la Convención sobre los Derechos del Niño, señala el derecho de los niños y niñas a un nombre, a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos, a crecer en un ambiente

familiar que propicie su desarrollo. Establece el deber de los padres y madres de atender el mantenimiento del hogar y la formación integral de sus hijos/as mediante el esfuerzo común, igualdad de derechos y responsabilidades.

En cuanto a la impugnación de Paternidad y Maternidad⁸¹

- Obviamente no cabe la acción de impugnación cuando la filiación se ha determinado por sentencia judicial.
- Se impugnará la paternidad cuando se sostenga que no ha podido ser el padre quien aparece como tal.

Son legitimados para el ejercicio de la acción, tanto activa como pasivamente, el hijo, el padre y la madre. Si la acción la entabla el hijo, deberá dirigirse contra el padre. Si la entabla el padre, lo hará contra el hijo y si la entabla la madre, será contra el hijo y el padre.

El plazo de impugnación será de un año a contar de la fecha de inscripción de nacimiento en el Registro Civil, salvo para el hijo, que el año se contará desde que adquiera plena capacidad. Este plazo, en el caso de reconocimiento voluntario, se contará desde que se hubiere dejado constancia de éste en el Registro Civil.

- Se impugnará la maternidad cuando se sostenga que no ha podido ser la madre quien aparece como tal, probando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo.

Están legitimados activamente para ejercer la acción, el hijo, la verdadera madre y la madre supuesta; y pasivamente, el hijo y la que aparece como madre. Si demanda el hijo, lo hará contra quien aparece como su madre. Si acciona la supuesta madre, deberá dirigirse contra el hijo; y si impugna quien se pretende como verdadera madre, accionará contra el hijo y contra quien aparece como madre.

La impugnación de la maternidad podrá intentarse en el mismo plazo de la impugnación de la paternidad.

Se debe eliminar lo concerniente a la repudiación, ya que no se aviene con el sentido de la reforma propuesta. Si el hijo cree que no es su padre o su madre quien aparece como tal, debe impugnar.

Hasta ahora en nuestro país, los niños y niñas siguen teniendo problemas para obtener su nombre, identidad y nacionalidad, a pesar de lo dispuesto por los Artos. 7 y 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia, tal como lo señala el "Análisis de Situación de la Niñez Nicaragüense"⁸²

El derecho de los niños y las niñas a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, a conocer a sus padres y madres y a ser cuidados por ellos, queda consignado en la CDN en los artículos 7 y 8.

⁸¹ Familia y Personas. Editorial Jurídica de Chile. Coordinación Enrique Barros Bourie. Noviembre 1991

⁸² Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Nicaragua, 1999.

El acto de inscripción de un niño o una niña en el Registro Civil de las Personas, tan sencillo y a la vez trascendental, es la primera señal de reconocimiento de su existencia jurídica por parte de la familia, lo que después se proyectará hacia una identificación en la comunidad. Es prácticamente, el primer paso para el cumplimiento de otros derechos civiles, la garantía de la participación ciudadana y por ende la demanda de derechos sociales, económicos y políticos.

Igualmente, la inscripción representa una posibilidad confiable para que en cualquier circunstancia, los niños y las niñas conozcan sus raíces y tengan la posibilidad de relacionarse o al menos conocer a sus progenitores.

En el último informe del Progreso de las Naciones 1998, la Partida de Nacimiento se identifica como el documento que posibilita el ejercicio pleno de la ciudadanía. Sin ella, el individuo carece de existencia legal y en consecuencia, no puede acceder a los privilegios y medidas de protección que cada país garantiza a sus habitantes.

Conscientes de las múltiples repercusiones que tiene la falta de cumplimiento de este derecho, el Estado Nicaragüense, la Coordinadora de ONG's que trabajan con la Niñez y los Organismos de Cooperación Internacional, han mantenido una constante preocupación. La misma fue compartida por el Comité sobre los Derechos del Niño con sede en Ginebra, instancia que a raíz del informe enviado por el Gobierno de Nicaragua, conoció datos del Instituto Nicaragüense de Estadísticas y Censos (INEC), acerca de que el 45 por ciento de los niños y las niñas nicaragüenses no estaban registrados, haciendo mención de las dificultades en los procedimientos y requisitos que existían en ese momento.

Basados en los datos proporcionados, el Comité recomendó: "asegurar el registro de nacimientos de niños y niñas, particularmente en el ámbito rural, para garantizar su reconocimiento como personas ante la ley y el pleno goce de sus derechos".

Como parte del proceso de dar cumplimiento a la recomendación hecha por Ginebra, se realizó una experiencia con los ONG's Dos Generaciones, Instituto de Promoción Humana y el Movimiento de Niños, Niñas y Adolescentes Trabajadores, todos ellos miembros de la Coordinadora de ONG's que Trabajan con la Niñez, cuyos resultados fueron publicados bajo el título: "Una Realidad, una Experiencia".

A partir de esta iniciativa se profundizó el análisis de las causas del sub registro, encontrándose que son de tipo jurídico, administrativo y cultural, entre las cuales hay que mencionar:

- La Legislación todavía vigente en el país en materia registral, es antigua. Está contemplada en el Libro I, Título VI del Código Civil. Estas normas jurídicas señalan un corto plazo para efectuar la inscripción. El máximo es de 12 meses después del nacimiento, a diferencia de otros países que lo han extendido hasta 5 ó 10 años.
- Desde el punto de vista técnico- administrativo, existe una doble subordinación de los Registros: dependen normativa y metodológicamente del Consejo Supremo Electoral y administrativamente, de las Alcaldías.
- Las inscripciones son gratuitas, lo que se cobra son los certificados respectivos y dependen estrictamente del Alcalde electo.
- La población desconoce los alcances y beneficios que tiene la inscripción de las personas en el Registro Civil. Este acto jurídico todavía no se identifica ni como un

derecho que abre las puertas al cumplimiento de otros derechos fundamentales del ser humano, ni como imprescindible para la participación de los niños, niñas y adolescentes en los diferentes ámbitos de la vida comunitaria y social.

- Otro factor cultural que obstaculiza la inscripción de los niños y las niñas en el país, es la supeditación de la mujer y el alto porcentaje de irresponsabilidad paterna. En Nicaragua, casi el 30 por ciento de las mujeres-madres, son jefas de hogar. Sin embargo, generalmente tienen la expectativa de que el papá del niño o la niña reconozca la paternidad y le otorgue su apellido. Esta espera muchas veces impide que las madres concurran a inscribir a sus hijos e hijas, ya que el reconocimiento de los padres ante el Registro del Estado Civil, es un acto absolutamente voluntario y personal.

En ocasiones, los padres se niegan a inscribir a sus hijos e hijas porque reconocerlos legalmente les impone deberes exigibles que ellos quieren evitar (solicitud o demanda de pensiones alimenticias). Por su parte, las madres se resisten a que su niño o niña lleve un sólo apellido lo cual sucede si la madre acude sola al Registro, debido a que ésto se percibe socialmente como discriminatorio y origina problemas psicosociales en un país con la influencia de la tradición jurídica española, en la que es muy importante el uso de dos apellidos.

Por cualquiera de las causas señaladas, los efectos de la falta de inscripción de los niños y niñas en el Registro Civil, son mayores, tanto en la esfera jurídica como psico-social. En la práctica un niño o una niña no inscrito, puede tener entre otros, los siguientes impedimentos en su futuro:

Limitantes para el ingreso a la escuela preescolar y / o primaria, dado que es un requisito indispensable presentar la Partida de Nacimiento para la matrícula y aunque en muchas escuelas hay flexibilidad en ese sentido, es de suma importancia constatar posteriormente la identidad de los alumnos.

- Les impide tener un pasaporte, limitándoles la salida del país.
- Incapacidad para demostrar su edad verdadera, en caso de enfrentar acusación por algún delito o infracción penal. El Código de la Niñez y la Adolescencia (1998) contempla medidas con base en la edad y el tipo de delito, por lo que demostrar legalmente la edad es la base de dichas medidas.
- Les es imposible demostrar su edad en los centros de salud especializados, donde se atiende a niños y niñas hasta los 15 años.
- Les impide recibir atenciones a las que tiene derecho la niñez, ya que los padres y madres asegurados deben presentar la Partida de Nacimiento de sus niños y niñas.
- Afecta la participación de los niños y niñas en actividades deportivas y recreativas, ya sea para ubicarlos en los niveles correspondientes o para participar en ligas infantiles nacionales e internacionales.

Los niños, niñas y adolescentes pueden sentirse inferiores a los que han sido inscritos, lo que se convierte en un factor de marginalidad, teniendo efectos negativos en el desarrollo emocional y en la construcción de su identidad y autoestima.

Además de las consecuencias individuales, el país se ve afectado por no contar con el registro completo de todos sus habitantes:

- Es muy difícil que se tenga conocimiento absoluto de cuantos son sus ciudadanos, qué edad tienen y dónde viven.
- Dificulta o imposibilita la organización de los servicios básicos y derechos sociales básicos como la salud, la educación y la vivienda.
- Se interfiere el desarrollo de programas y proyectos sociales y administrativos a la población, como **por ejemplo**, la cedulação, el registro electoral, etc. El estado Nicaragüense, a través del Poder Electoral, ha puesto empeño en superar estas dificultades para que todos los niños y las niñas nicaragüenses, tengan acceso a tan importante derecho. La Presidenta de dicho Poder firmó un acuerdo de colaboración con UNICEF en agosto de 1997, donde también se incluye el fortalecimiento de las alianzas con otros Poderes del Estado y las municipalidades, involucradas en el problema.

Uno de los primeros pasos del Consejo Supremo Electoral ha sido la realización de una investigación estadística, la cual ha permitido constatar la dimensión del problema o aproximarse más a la cifra de los no inscritos, con el fin de poder medir los avances e impacto de las acciones que se realicen. Algunos de los resultados preliminares han sido:

- Se estima que el porcentaje de registro en el ámbito nacional es de 64% para 1996.
- Se logró detectar algunas diferencias importantes por área geográfica. **Por ejemplo**, en 1994 los mayores porcentajes de sub-registro se encontraban en Matagalpa con un 53 por ciento, Managua con 51 por ciento, León con 50 por ciento y Estelí con 49 por ciento. En cambio, los menores porcentajes se encontraban en Madriz, Masaya y Boaco.

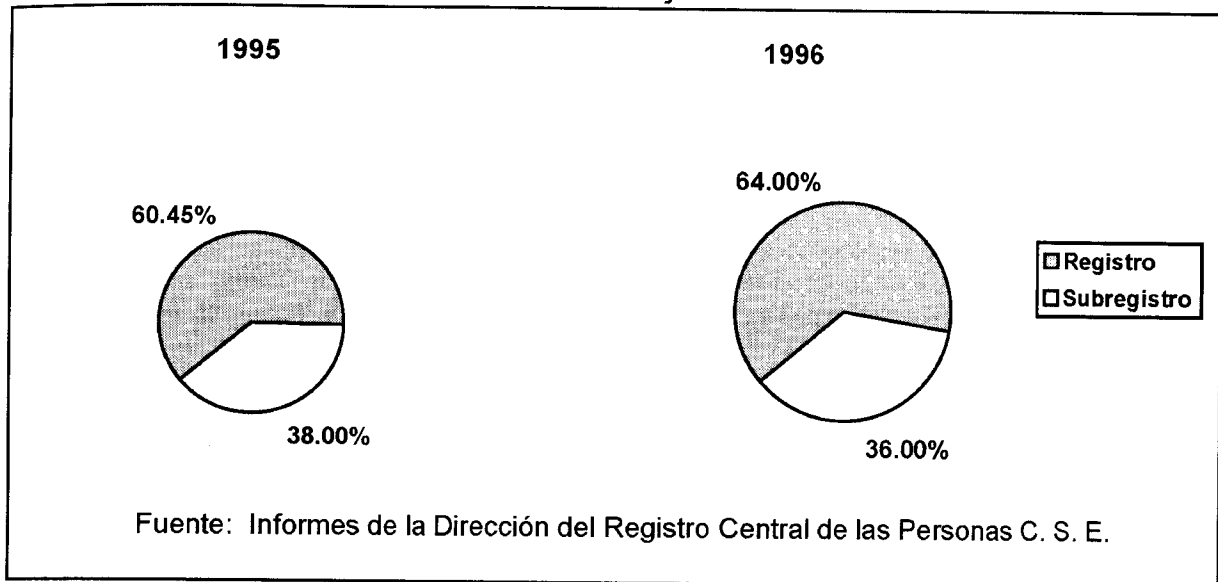
Ambos estudios han sido fundamentales para el proceso de sensibilización a los registradores para que identifiquen el Registro Civil como un derecho de los niños y niñas, además de la mejor comprensión del papel que juegan como funcionarios registrales.

Un dato importante de mencionar en este análisis de situación es que el Registro Central ha venido ofreciendo capacitaciones a directores de centros de salud, parteras, enfermeras y resto del personal que pueda ejercer labor educativa y de sensibilización con los padres y madres de familia.

Una acción novedosa en el país, lo representa la apertura de ventanillas de inscripciones en los hospitales materno infantiles más importantes de: Managua, León, Chinandega, Estelí, Matagalpa, Jinotega y Bluefields, en un esfuerzo conjunto entre las Alcaldías y el Ministerio de Salud.

Ejercicio: Indague sobre los resultados de la investigación que sobre las estadísticas de Registro Civil de las Personas realizó el Consejo Supremo Electoral.

**Nicaragua: Niveles de registro de nacimientos
Años 1995 y 1996.**



Como puede apreciarse en el gráfico, el nivel de sub-registro de nacimientos, es aún muy pronunciado y carecemos de una Ley de Paternidad Responsable.

Sin embargo se hacen esfuerzos para que el Código de Familia que aún no ha sido aprobado por la Asamblea Nacional, incorpore de manera precisa este aspecto, dado el índice de irresponsabilidad paterna y tomando en cuenta el concepto que el artículo 16 de la Ley de Alimentos nos ofrece sobre Paternidad y maternidad responsable, que a la letra dice: el mantenimiento del hogar, la formación integral de los hijos /as mediante el esfuerzo común, con iguales derechos y responsabilidades.

Considerando la importancia de este tema y teniendo Costa Rica mayores avances legislativos en la región centroamericana, sobre la Ley de Paternidad Responsable promulgada en el año 2001, realice el siguiente **ejercicio**:

Indague sobre la Ley de paternidad responsable en Costa Rica y comente en la tutoría los aspectos más relevantes de la misma y que podrían retroalimentar nuestra propuesta de ley.

b. ¿ Cuándo la Normativa sobre la patria potestad es aplicable?

Los derechos y obligaciones de los padres para con los hijos que surgen por el simple hecho de serlos y a los que designamos bajo el nombre genérico de patria potestad, no desaparecen por la separación, divorcio o nulidad de los progenitores sino, que estos continúan con las peculiaridades que recogen los preceptos normativos.

La determinación de la guarda y custodia de los hijos se hará en el convenio regulador, en caso de existencia de éste, En su defecto, será el Juez el que determine en los casos de separación, nulidad y divorcio en los que no haya dicho convenio, quien ejercerá la patria potestad aunque sea titularidad de ambos, o en que casos será privado alguno de los cónyuges de la misma.

c. ¿Qué principios rigen la patria potestad?

Los principios que rigen la figura de la patria potestad son los de inderogabilidad e irrenunciabilidad de la titularidad de la misma, de manera que la autonomía de la voluntad alcanzará sólo a regular las formas de ejercicio y correspondiente distribución de funciones entre ambos progenitores.

En los supuestos de ruptura o disolución del vínculo matrimonial, la patria potestad de los progenitores sigue siendo compartida en cuanto a su titularidad pero puede, y es lo más frecuente, que sea el cónyuge con el que conviven los hijos el que ejerza de forma exclusiva la patria potestad, lo que llamamos **guarda y custodia**, pero para ciertos actos se precisa ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos cónyuges: emancipación, consentimiento para que el menor sea adoptado, así como las decisiones importantes para la formación y desarrollo integral del menor. Permitiéndose también el supuesto de que los progenitores mantengan la patria potestad y se atribuya la guarda de los hijos a un tercero, persona física o jurídica, al amparo de lo dispuesto por el Código Civil, Ley Reguladora de las Relaciones Madre-Padre-Hijos y Código de la Niñez y la Adolescencia.

Dentro del ejercicio de la patria potestad (Relación Madre-Padre-Hijos), hay que tener en cuenta obligaciones claras de los hijos:

- 1º Deber de obediencia. Los hijos están obligados a obedecer a los padres mientras permanezcan bajo su patria potestad. Este deber conlleva la necesidad de que el hijo esté obligado a cumplir las órdenes lícitas que le den los padres en el ejercicio de sus facultades. El cumplimiento de este deber puede provocar la corrección por parte de los padres.
- 2º Deber de respeto. Los hijos están obligados a respetar a sus padres siempre. Este respeto debe darse incluso cuando haya concluido la patria potestad. No obstante, este respeto no debe ser igual a una sumisión incondicional que pueda llegar a anular la personalidad de los hijos. Aunque el cumplimiento de este deber se valora conforme a los usos sociales, parece que si el incumplimiento se concreta en injuriar gravemente de palabra al padre o la madre, pueda ser causa de cesación de la obligación de alimentos, según Ley No. 143
- 3º Deber de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia. Los hijos están obligados a contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella. Esta referencia general a la equidad implica una individualización para acoplar al caso concreto la norma. Así, el hijo debe contribuir en el caso de que le sea posible, no en todo caso, además lo hará según sus posibilidades. En cuanto a la cuestión temporal, este deber se vincula a la convivencia en familia.

La titularidad de la patria potestad corresponde a ambos progenitores de manera conjunta. Esta institución del Derecho de Familia comprende a las personas por nacer y los menores de edad, deja de tener vigencia cuando el hijo llega a la mayoría de edad o por su emancipación.

Ejercicio: Elaboro mi propio concepto de Patria Potestad, considerando los aspectos claves y comunes aportados por los autores mencionados.

En párrafos precedentes nos hemos referido a la filiación de los hijos, aún cuando la Constitución Política nicaragüense, no hace distinción en este sentido al establecer la plena igualdad de los hijos e hijas y de hombres y mujeres, en sus Artos. 27, 48 y 73 respectivamente. A continuación trataremos de los sujetos de la patria potestad o relación madre-padre-hijos, continuemos pues,

d. ¿Quiénes son las personas sujetas a la patria potestad?

Se distinguen dos tipos de sujetos:

Pasivo: Se determina con relación a los elementos edad y carácter de filiación, de ahí que se pueda considerar como sujetos a la patria potestad o Relación Madre-Padre, Hijos a las personas por nacer y los menores de edad, los hijos legítimos y los naturales, ilegítimos (Inconstitucional) o no reconocidos, productos de una relación extramatrimonial. Sobre éstos el Arto. 266 C., hace algunas consideraciones.

Activo: Comprende sólo a los hijos legítimos, es decir, los nacidos de una unión matrimonial, legalmente reconocida. Aún cuando esta distinción ya ha sido derogada por la Constitución Política de Nicaragua, es importante señalar, como un aporte histórico de las relaciones familiares que el ejercicio del poder paterno ha estado en manos del marido o padre de los hijos, y es la madre, quien ha asumido la responsabilidad del cuidado y protección de los mismos hoy día, este derecho ha sido legalmente reconocido a la madre y al padre, es decir como en efecto debe ser, ejercido por ambos.

e. Derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad

Los deberes y derechos derivados de esta relación comprende no sólo el deber de alimentos y guarda de los menores, sino educación, respeto mutuo, asistencia y representación de padres a hijos, así como el deber de responder ante terceros por los hechos ilícitos de los menores. Además corresponde a los padres de manera conjunta o separadamente, la administración y el usufructo de los bienes de sus menores hijos, siempre que no se hubiere dispuesto lo contrario. **Ejemplo:** ante un legado testamentario el testador dispone que la guarda o administración del bien legado, la ejerza una persona distinta de los padres del menor.

Lo anterior es congruente con lo dispuesto por el Decreto No. 1065, al establecer la igualdad del padre y la madre en la responsabilidad de educar y representar en la administración de los bienes de sus hijos e hijas, lo que significa que el padre ya dejó de ser amo y señor de disponer unilateralmente sobre el destino o futuro de sus hijos.

Así como se adquieren derechos y deberes derivados de la Patria Potestad, éstos también se puedan perder, suspender o extinguir. Veamos pues cada uno de ellos.

f. Extinción, suspensión y pérdida de la patria potestad - (Ley de relaciones Madre-Padre-Hijos.)

El Decreto No. 1065 ya mencionado, en su Arto. 10, establece cuatro situaciones mediante las cuales los padres no podrán participar de las decisiones con respecto a sus hijos, tales son:

- 1). Cuando incumpla o eluda sus obligaciones hacia el hijo en forma reiterada y maliciosa.
- 2). Sea declarado mentalmente incapaz (razones vistas en los Artos. 7 y 8 C.)
- 3). Tenga hábitos o costumbres capaces de producir deformaciones o traumas en la personalidad del menor (drogadicción, alcoholismo).
- 4). Someter al menor a maltratos físicos, síquicos o morales capaces de lesionar su salud, su integridad física o su dignidad.

La decisión relativa a la suspensión, término o extinción de la relación Madre-Padre-Hijos, le corresponde a la autoridad competente, Juez Civil de Distrito, con participación del Ministerio de la Familia, según lo previsto en la Ley No. 290, Ley de Organización, Competencias y Procedimientos del Poder Ejecutivo (1998), siempre que la convivencia con el padre, la madre o ambos, y se manifieste cualesquiera de estas circunstancias, constituyentes de un peligro para la vida, integridad física y el desarrollo integral o espiritual del menor, tal como ha sido previsto en el Arto. 11 del citado decreto. Situación que no contraviene lo establecido por los Artos. 268 y sigts. C. referidos a la suspensión y término de la patria potestad. Para ello es necesario dejar claro lo siguiente:

- a). Se extingue la patria potestad, cuando sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a la misma, señalando ciertos acontecimientos por los cuales debe concluir, es decir extinción IPSO IURE (de mero derecho). La legislación nicaragüense en su Arto. 269 C., establece seis situaciones por las cuales termina el ejercicio de este derecho-deber, entre otras, por la muerte del padre o la madre.
- b). Se suspende cuando medie incapacidad y por tal razón no pueda seguirla ejerciendo, o bien porque ha sido sentenciado con pena que lleve consigo la suspensión de tal derecho.
- c). Se pierde por aquellos motivos en que su titular ha sido declarado culpable, siendo potestad de la ley, su privación.

En este punto existen ideas y corrientes que afirman que el citado derecho-deber NUNCA SE PIERDE, puesto que la ley lo que puede llegar a determinar es única y exclusivamente la suspensión, aspecto que es retomado por el Decreto No. 1065, Ley Reguladora de las Relaciones Madre-Padre-Hijos, que refiere la no participación expresamente ahí establecidas.

Tal razón tiene su fundamento en que la condición de padre o madre, obtenido por el vínculo o circunstancia biológica, no es posible variarla, a menos, que se opte por la figura de la ADOPCIÓN, para desaparecer o anular el vínculo o relación con la familia biológica, en caso contrario, persistirá.

Un aspecto importante a destacar es lo consignado en el Decreto No. 1065, relativo a la responsabilidad de los hijos/as con respecto a sus padres, lo que el Código Civil no llega a mencionar; esto es así, al considerarse como una de sus características la RECIPROCIDAD, igual como sucede con los alimentos

La privación de la patria potestad no implica necesariamente suprimir el régimen de visitas a que tiene derecho el cónyuge que no ostenta la guarda y custodia y al que se le haya privado también de la patria potestad, ya que el padre y la madre tienen un derecho natural de relacionarse con los hijos y no podrán ser privados de él sin justa causa.

g. ¿Cuáles son las causas para la privación de la Patria Potestad?

1). Conducta Indigna⁸³

Son muchas las circunstancias que pueden aconsejar la privación de la patria potestad y entre ellas está la de que cualquiera de los progenitores lleve a cabo una conducta indigna, de tal forma que el interés del menor que será el que prime en la decisión del juez se vea protegido mediante la privación de esa titularidad de la patria potestad.

Patria potestad que podrá recuperarse en el momento en que cesen y se pruebe que han cesado las conductas, intentando siempre que las medidas que se tomen no sean tampoco desproporcionadas sino ajustadas a cada caso concreto, por ello, no se pueden establecer unas reglas generales sino que dependerán del tipo de conductas de las que se traten, de cómo se están realizando, con qué frecuencia, cómo afectan verdaderamente a la integridad psíquica y moral del menor.

2). Malos tratos

Los padres, que en principio ostentan de manera conjunta sobre sus hijos la patria potestad, como conjunto de derechos y deberes que tienen sobre los hijos menores por el hecho de ser sus progenitores, se comportan, en ocasiones, de tal manera que los tribunales se ven obligados a privarles de lo que conlleva esa patria potestad por no saber actuar conforme a las obligaciones inherentes a la misma.

Incumplimiento del deber de alimentar a los hijos. Sin duda, dentro de los deberes que hemos señalado como inherentes a la patria potestad, nos ocupamos aquí del de alimentar a los hijos, cuya ausencia o violación justificaría sin ningún titubeo la privación de la patria potestad.

Todos los deberes señalados son importantes pero éste es el que podíamos considerar como vital, en el sentido de que si no se alimenta a un hijo, o no se proporciona los medios económicos para ello, para el supuesto del que no se ocupa de la guarda y custodia, no podríamos seguir adelante con los demás deberes, ya que la alimentación es una necesidad básica de todo ser humano que ha de ser satisfecha y a partir de ahí, podemos hablar de educación, formación y demás.

3). Condena Penal

El fundamento de este supuesto de privación de la patria potestad está en que si el progenitor ha sido juzgado y sentenciado en un procedimiento penal por un delito que ha cometido y se le declara culpable va a pasar un tiempo, quizá bastante largo, sin poder ejercitar los deberes

⁸³ Consecuencias derivadas de la separación y divorcio respecto de las relaciones paterno-filiales. Patria Potestad Supuestos de Privación

inherentes a la patria potestad, lo que no impide que en ciertos momentos pueda ver a su hijo, siempre que el interés del menor no se vea afectado por la situación del progenitor condenado y así lo considere el juez, y que al finalizar su condena pueda recuperar la patria potestad sobre su hijo.

Reflexione: En nuestra realidad social, cuál de las causas de privación de la patria potestad es la más común y explique por qué

Antes de concluir es necesario puntualizar sobre los aspectos medulares de este tema en el siguiente resumen:

Resumen:

Filiación es el vínculo que une a los descendientes con sus ascendientes (hijos / as y padres/ madres); es la procedencia de los hijos e hijas, respecto al padre y a la madre

Sus fuentes son, entre otras: el matrimonio, la unión de hecho, el reconocimiento, la adopción, la legitimación,

La Adopción es el acto mediante el cual, se toma como hijo propio mediante autorización a quien por naturaleza no lo es, creándose entre adoptante y adoptado los mismos vínculos jurídicos y de parentesco que ligan a los padres con los hijos estableciéndose en interés exclusivo del desarrollo integral del menor.

La Patria Potestad es el poder del padre sobre sus hijos, según la ley nicaragüense es la responsabilidad conjunta del padre y la madre, respecto del cuidado, crianza y educación de sus hijos menores de edad, lo mismo que la representación de ellos y la administración de sus bienes.

En este tema hemos abordado de manera amplia, los conceptos de filiación adopción, así como adopción internacional y patria potestad, hoy Relaciones Madre-padre Hijos en la legislación nicaragüense, el concepto en sentido amplio, que no es más que la relación jurídica entre los progenitores y sus descendientes directos (padre o madre-hijo o hija); el concepto en sentido estricto, paternidad: relación jurídica entre el padre y su hijo (o) Maternidad: Relación jurídica entre la madre y su hijo (a), de ahí que la filiación: Relación jurídica entre la hija o el hijo con su madre o con su padre.

Asimismo estudiamos las clases de filiación: Matrimonial: nacimiento del hijo dentro de los plazos legales (180 días después de contraído y dentro de 300 después de extinguido el matrimonio), el reconocimiento voluntario, Extramatrimonial y la Imputación por sentencia, la civil, surgida por adopción. Además de ello, las consecuencias jurídicas que en primer lugar son las mismas del parentesco, derecho al nombre, a la patria potestad (relación madre-padre-hijos), alimentos, sucesión legítima, tutela legítima, así como las prohibiciones el tipo de pruebas tales como, actas del Registro civil, nombre, trato, posesión de esta, fama, así como las acciones que se pueden intentar ante los tribunales de justicia.

Por estar íntimamente vinculado, también abordamos lo relacionado a la patria potestad del Derecho romano, hoy denominada Relación Madre-Padre-Hijos, en la legislación nicaragüense, el concepto, la forma de ejercer tales derechos, así como las causas de suspensión y extinción de los mismos.

G. LOS ALIMENTOS Y TUTELA

En este tema trataremos del significado e importancia de la **PENSIÓN ALIMENTICIA** de las personas a quienes les asiste el derecho a pedirla, así como las obligadas a suministrarlas y el procedimiento para demandar el pago. Antes de iniciar recordemos algunos aspectos, ya analizados para adentrarnos luego en lo específico del tema.

La Constitución Política de la República de Nicaragua en su capítulo IV, artículos del 70 al 79 establece los Derechos de la Familia. Define a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección ésta y del estado. Las relaciones familiares descansan en el respeto, solidaridad e igualdad absoluta de derechos y responsabilidades ente el hombre y la mujer. Los padres deben atender el mantenimiento del hogar y la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, con iguales derechos y responsabilidades. Los hijos a su vez, están obligados a respetar y ayudar a sus padres. Con respecto a los hijos estos tienen iguales derechos. Por lo que se prohíbe las designaciones discriminatorias en materia de filiación. Al mismo tiempo el estado protege la paternidad y maternidad responsable. Se establece el derecho de investigar la paternidad y la maternidad.

De acuerdo a nuestra realidad un 44% de la familia se encuentran dentro de la clasificación monoparental, principalmente por la parte materna, en la cual recae toda la responsabilidad alimenticia. En la mayoría de los casos la parte paterna no asume la responsabilidad de manera voluntaria, lo que hace necesario recurrir a la vía Judicial Civil. Según datos de encuesta realizada en diciembre del 2001 siete de cada diez hombres no ayudan a los hijos que no llevan su apellido, en el caso de los hijos reconocidos 8 de cada 10 padres, garantizan la manutención.

Debido al desconocimiento no sólo del derecho, sino también del texto de la ley que la regula por parte de la mayoría de la población, principalmente en el área rural, muchos niños y niñas dejan de percibir la pensión alimenticia, lo que se extiende a las mujeres quienes en su mayoría no disponen de recursos económicos para hacer frente a este tipo de demandas. Esto se ha agudizado al desconocerle, competencia en la materia a la Dirección General de Protección del Ministerio de la Familia (MIFAMILIA), cuyos funcionarios y funcionarias han acumulado experiencia en la solución de esta problemática, que sigue siendo tan gravosa para quienes demandan el cumplimiento de la obligación alimenticia, no sólo por razones de la ley de alimentos, sino por las limitaciones presupuestarias.

Entonces, qué es lo que debe saber la población sobre la pensión alimenticia, como derecho de familia? y cuál es el concepto de alimentos?

1. Concepto de alimento

Es tarea no concluida la de tratar de establecer un concepto de ALIMENTOS; sin embargo, es importante tomar en consideración cómo algunos doctrinarios conciben el factor alimentario o alimenticio.

Tiene su base en la familia, patria potestad o ley de relaciones madre-padre-hijos, en nuestro caso. Es decir, de los padres en favor de sus hijos menores de edad. Los padres deben suministrar los alimentos y su educación conforme su condición y fortuna.

Para don Eduardo Couture (jurista), los alimentos son bienes de consumo con los que el hombre satisface sus necesidades materiales y por extensión, espirituales o morales.

Es la asistencia económica dispensada en dinero o en especie, apta para la subsistencia, crianza o educación de alguien exigible por disposición de la ley, contrato o testamento. Es también la denominación dada al juicio extraordinario que puede promover alguien que se puede considerar con derecho a asistencia económica, contra el obligado a prestarlo en virtud de la ley, contrato o testamento.

Asistencia que en especie o en dinero y por ley, contrato o testamento, se dan a una o más personas para su manutención y subsistencia; esto es para comida, bebida, vestido, habitación y recobro de la salud, además de la educación e instrucción cuando el alimentista es menor de edad.⁸⁴

Los juristas españoles Gutiérrez Alviz y Armanio, definen los alimentos así:

Alimentaciones: Fundaciones especiales creadas por diversos emperadores, para premiar la fecundidad en los matrimonios y disipar al propio tiempo el temor relacionado con el nacimiento de hijos en las familias de escasos recursos económicos.

Alimentatum: Alimento, bienes indispensables para la existencia y que abarcan no sólo los necesarios para la alimentación o nutrición de la limentarius, sino los precios para su alojamiento y vestido. Pueden ser debidos en virtud del parentesco próximo, por imposición de la ley o por disposición testamentaria en forma de legado. También por debido entre patronos y liberto.

Según el Arto. 142 del Código Civil Español," se entiende por alimento todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista, mientras sea menor de edad y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo."

Para la legislación costarricense, encontramos que el Arto. 151 del Código de Familia señala que los alimentos "comprenden una prestación económica que, guardando la debida relación entre las posibilidades económicas de quien las da y las necesidades de quien o quienes las reciban, sea bastante para satisfacer, según las circunstancias particulares de cada caso, las siguientes necesidades precisas:

- a. El suministro de sustancias nutritivas o comestibles, de atención médica y medicamentos.
- b. Las necesidades del vestido y habitación y,
- c. Tratándose de menores, la obligación de proporcionar los recursos necesarios a fin de procurarla instrucción elemental o superior y el aprendizaje de un arte u oficio."

El Arto. 233 del Código Civil panameño se ocupaba de definir los alimentos como sigue: "Se entiende por alimento todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia.

⁸⁴ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. G. Cabanellas, I. Alcalá Zamora. Ediciones Heliasta, 1979

Los alimentos comprenden la educación del alimentista sin límite de edad. Los padres están obligados a sufragar los gastos que demande la educación del alimentista, si los estudios se realizan con provecho tanto en el tiempo como en el rendimiento académico. La autoridad competente apreciará estas circunstancias y otras que estime convenientes para determinar las necesidades del alimentista. Hoy encontramos su regulación en el Arto.77 y sigts. del CÓDIGO DE FAMILIA.”

Las legislaciones cubana y colombiana, han previsto en forma similar la conceptualización de los alimentos, a tono con el Código Civil panameño, así como con lo que establecía el Arto. 283 C. de Nicaragua, apartado que fue derogado por la Ley No. 143 -LEY DE ALIMENTOS vigente. Esta última establece en su Arto. 2, lo siguiente:

Definamos:

"Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades siguientes:

- 1). Alimentarias propiamente dichas
- 2). De atención médica y medicamentos (similar al español y costarricense)
- 3). De vestuario y habitación (todos se han preocupado de este aspecto)
- 4). De educación e instrucción y aprendizaje de una profesión u oficio
- 5). Culturales y de recreación.

Ejercicio

De conformidad a los puntos planteados por los distintos doctrinarios del tema, diga:

- a). ¿Qué entiende por alimentos?
- b). ¿Cuál es la idea central del concepto jurídico de “alimentos”?
- c). Formule un concepto propio de alimentos.

El crédito alimenticio, es el derecho que una persona, llamada acreedora alimentista, tiene de exigir de otra, llamada deudora alimentante, el pago de la pensión alimenticia. Este crédito alimenticio podrá afectar, según la ley de alimentos vigente, Ley No. 143, cualquier ingreso que perciba el obligado a dar alimentos; el atraso en el pago de las pensiones alimenticias sin justa causa, será penado con el pago de un 5% por cada mes de retraso. El Juez resolverá que se pague o no, basándose en la equidad.

Para fijar la pensión alimenticia, la Ley establece un principio básico, esto es que: “Los alimentos se fijarán o variarán en relación con las posibilidades y recursos económico de quien los debe y las necesidades de quien lo recibe.” En este punto, la ley y los operadores del

sistema de justicia, señalan que la obligación alimenticia es una responsabilidad compartida por ambos padres y que en este sentido, la madre debe contribuir también.

Aspectos a destacar en la Ley de Alimentos:

- Se deben alimentos, en primer lugar a los hijos, sin hacer ninguna distinción sobre el origen de la filiación, al cónyuge y al compañero en unión de hecho estable. Esta obligación se extiende a los ascendientes y descendientes del grado de consanguinidad más cercano cuando se encuentren es estado de desamparo.
- El concepto de alimentos es abarcador, más allá de la obligación alimenticia propiamente dicha; el proceso señalado para las pensiones alimenticias es sumario, lo que indica que debe ser breve en atención a los derechos que están en juego.
- Reconoce la unión de hecho estable para efectos de las obligaciones alimenticias proporcionando requisitos mínimos para que sea considerada como tal.
- Reconoce el derecho del cónyuge imposibilitado (a) de trabajar, para que en los casos de divorcio, se le conceda una pensión alimenticia mientras dure su imposibilidad.
- Protege a los /las hijos /as mayores de edad que aún estén estudiando, a seguir recibiendo una pensión alimenticia, lo mismo para aquellos /as, que padecen alguna discapacidad permanente.
- Puede demandarse el establecimiento de medidas cautelares específicas, tales como: el arraigo del demandado o retención migratoria, pensión provisional, etc.

Dificultades de la Ley de Alimentos:

- Esta no establece porcentajes sobre el salario del demandado por cada hijo/a lo que hace difícil la determinación del monto de la pensión alimenticia, pues los mismos se fijarán o variarán en relación con las posibilidades y recursos económicos de quien los debe y las necesidades de quien los recibe, según el Arto. 4 de la ley de alimentos.
- No contempla disposiciones específicas para el caso del incumplimiento de sentencias de alimentos por lo que las demandantes tienen que hacer cumplir por otras vías, lo que representa, en algunos casos, otro proceso más.
- Sólo deja abierta la vía judicial para el reclamo de alimentos.

En base a lo anterior, se requiere de un procedimiento ágil en el ámbito administrativo ante el Ministerio de la Familia u Organismos No Gubernamentales (ONG's), que atienden esta temática, a fin de que este derecho se reclame sin costo alguno y por una vía más rápida que la judicial.

No existen instancias ni procedimientos administrativos para los casos de paternidad y de obligaciones alimenticias. La única vía existente es judicial.

No existen en Nicaragua, tribunales especializados en materia de Familia, son los Juzgados de Distrito de lo Civil quienes ventilan, conjuntamente, las causas meramente civiles con las de familia.

Por otro lado se carece de políticas públicas relativas a la Familia, que apunten a su promoción, desarrollo y protección integral, esto es así a pesar de la existencia del Ministerio de la Familia. Igualmente, no existen políticas públicas específicas para la promoción de una paternidad responsable.

Sin embargo y con el fin de aumentar la inscripción y disminuir el sub-registro de niños y niñas de manera que tenga acceso a este derecho, el Consejo Supremo Electoral firmó un acuerdo de colaboración con UNICEF en agosto de 1997, donde también incluye la participación de otros poderes del Estado y las municipalidades involucradas en el problema. Como resultado de este Convenio se logró que en 1998 se inscribieran 52,400 niños y niñas y se estima que en el año 2000, en once municipios del país se inscribieron 43,000 por las vías de reposiciones de nacimiento.

Se ha considerado que el incumplimiento de la obligación alimentaria viola el derecho subjetivo familiar del alimentista, cuyo resarcimiento integral sólo se logra con la reparación del daño moral, que debe satisfacer el alimentante. El incumplimiento de la obligación genera un daño moral objetivo, el menoscabo o lesión que sufre la persona socialmente; y un daño moral subjetivo, las angustias y aflicciones que produce esta situación en quien la padece. La reparación del daño moral en estos supuestos tiene un doble carácter: resarcitorio y a la vez punitivo o ejemplificador sobre la conciencia social⁸⁵.

No obstante, los alimentos se pagan en dinero, por la imposibilidad práctica de que se cumplan en especie una vez que el conflicto familiar ha llegado a los tribunales. Por lo tanto, siendo una obligación la de dar sumas de dinero, le son aplicables todas las formas compulsivas para obtener el cumplimiento de la misma, como también el régimen de ejecución e intereses. La doctrina y la jurisprudencia ya han admitido la aplicación de intereses punitivos, que como sanción resarcitoria cumplen la función de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por el cumplimiento tardío, y también son procedentes los compensatorios para el pago de las cuotas atrasadas que ya incluyen el interés moratorio⁸⁶.

Estudiado el concepto de alimentos como parte integrante de la asistencia que el padre y la madre deben a sus hijos e hijas, así como a los otros parientes más cercanos, nos corresponde ahora analizar el complemento de los mismos, como es la tutela o guarda, que de alguna manera ya se trató en el tema de la filiación, adopción y patria potestad. Recibe esa denominación porque tiene como propósito el cuidado de las personas y los bienes, en este caso, de las personas.

2. Qué es la Guarda o Tutela?

La tutela es una institución supletoria de la patria potestad mediante la cual se provee la representación, la protección, la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir, en fin su actividad jurídica.

⁸⁵ MINYERSKY, N- FLAH, L.- VIGGIOLA, L., "La obligación alimentaria y el daño moral", ponencia a las II Jornadas de Derecho Civil, Universidad de Mendoza, 1991, Comisión II. Ver reseña de conclusiones en J.A., 1991-II-847.

⁸⁶ CN Civil en pleno, 14-VII-1976, J.A., 1976-III-642, L.L., 1976-C-174 y E.D. 67-537; conclusiones de las IV Jornadas Sanrraelinas de Derecho Civil (San Rafael, Mendoza, 1976); MENDEZ COSTA, M.J. "La prestación alimentaria: su protección", J.A., 1991-II-686; BORDA, G.A. Tratado... Familia, cit., T. II., nro. 1219; BOSSERT, G., Régimen Jurídico de los Alimentos, Buenos Aires, 1993, parágs. 416 y 417.

Para establecer un concepto moderno de esta institución del Derecho de Familia, es necesario analizar que los conceptos de tutela y curatela no son constantes en la evolución histórica ni en el derecho comparado.

Los romanos por ejemplo, aplicaban la tutela originalmente a los menores impúberes y a las mujeres casadas. La curatela, comprendía sólo a los dementes, los pródigos y los menores púberes hasta la edad de 25 años.

La tutela es una creación humana distinta de la patria potestad que tiene lugar por razones naturales o por vínculos sanguíneos. Para que exista y produzca sus efectos, se requiere su declaración y discernimiento por autoridad judicial competente y mediante el procedimiento establecido al efecto.

En Nicaragua ésta tiene un carácter mixto al poder desempeñarse tanto por los familiares de quien la necesita, como por las instituciones, bajo la vigilancia de la autoridad, al considerar su cumplimiento como de interés público.

El Arto. 298 C., y siguientes se ocupan de la guarda estableciendo que el objeto de la guarda es el cuidado de la persona y bienes, o solamente los bienes, de los que no estando bajo la patria potestad son incapaces de gobernarse por sí mismos.

La guarda, como concepto de amparo para personas, derechos o bienes, configura una potestad y un deber. En el Derecho de Familia, prerrogativa reconocida al titular de la patria potestad para obligar a sus hijos menores a vivir bajo el mismo techo y para vigilar sus actividades.

Tutela es: toda suerte de protección, amparo, defensa custodia o cuidado y dirección de personas e intereses.⁸⁷

Guarda es entonces sinónimo de tutela y / o curatela, de que nos habla el derecho romano. Por razón del interés, es un cargo público, fundándose en que es una manera que el Estado tiene de proteger a la infancia, o a los incapaces.

Aún cuando algunos autores, como Sánchez Román, señalan que es un cargo privado, por constituir a su juicio más que una función y una carga pública, un "ministerio privado". El Código Civil mexicano establece: "la guarda de la persona y bienes de los que, no estando sujetos a la patria potestad, tienen capacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismo, pudiendo también tener por objeto la representación interna del incapaz en los términos especiales que señale la ley". En cambio Planiol y Ripert, la han definido como una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en encargarse del cuidado de un incapaz, representarlo y administrarlo.

De los conceptos anteriores se infiere que

la tutela o guarda, es un poder protectivo no constituido directamente por la naturaleza, sino organizado por la ley para suplir el defecto de capacidad en los menores, a quienes falta la protección natural de la patria potestad, así como en incapacitados en general.

⁸⁷ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. G. Cabanellas, L. Alcalá-Zamora. Editorial Heliasta, 1979

La nueva tutela es una institución concebida fundamentalmente para las personas que no pueden valerse por sí mismas (incapaces), y aplicable a los menores no sujetos a Patria Potestad. Predomina la conceptualización de la tutela, como instituto íntimamente ligado al Código Civil, por otra parte, el papel relevante que se concede a la autoridad judicial en todo el desarrollo legislativo de esa idea, relega a la familia del incapaz hacia posiciones secundarias, pues lo cierto es que la tutela ahí, es una tutela de autoridad y no de familia.

Estarán sometidos a tutela los menores no emancipados que no estén bajo la Patria Potestad y los sujetos a la Patria Potestad al cesar éste salvo que proceda la curatela. La tutela será constituida por medio de autoridad judicial, previa audiencia de los parientes más próximos a la persona que considere oportuno, y en todo caso del tutelado, si tuviera suficiente capacidad y fuera mayor de doce años.

Están obligados a promover la constitución de la tutela desde el momento en que conocieren el hecho que dé lugar a ella, los parientes llamados a la misma y las personas bajo cuya guarda se hallase el menor, y si no lo hubiesen serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados. El nombramiento del tutor es competencia del Juez de Familia y pueden ser entre otros:

La persona o personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad. Puede permitirse la designación del tutor no sólo por testamento sino también por documento notarial.

El descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. Es dudoso si señala un orden de preferencia. En derecho de todas las personas mencionadas, el juez, designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo.

El tutor o tutora, tiene entre sus obligaciones la de educar al menor y procurar una formación integral, pudiendo corregirlo.

¿Cómo ha evolucionado históricamente este concepto?

Los conceptos de tutela y de curatela no son constantes en la evolución histórica, ni en el derecho comparado.

En el Derecho Romano, la tutela se aplicaba originalmente a los menores impúberes y a las mujeres casadas. El criterio distintivo estaba dado principalmente porque en la primera prevalecía la autoridad sobre la persona y la representación del pupilo, en tanto que en la segunda, lo más importante era la gestión de los bienes. En derecho Justiniano, una y otra institución se fundieron, aplicándose la curatela a casos especiales como la representación de las personas por nacer, o de los pupilos en caso de conflicto de intereses entre ellos y los tutores.

Entre la Patria Potestad y la tutela existen semejanzas porque ambas tienen el mismo fin, la protección de la persona e intereses del incapacitado. Sin embargo, tienen diferencias porque la Patria Potestad, es la institución principal para el incapaz por edad, derivada de la naturaleza, establecida por el derecho natural, en tanto la tutela, es la institución secundaria para el incapacitado por edad (que no está bajo la Patria Potestad y supliendo a ésta) y para todos los incapacitados.

En el Derecho Romano, la tutela se consideraba un cargo público y para cumplirla era necesario: ser libre, ciudadano y del sexo masculino. Un hijo de familia podía ser tutor, pues la autoridad paterna surtía efecto sólo en el orden privado.

Estaban sometidos a la Tutela:

- Los impúberes Sui Iuris, de uno u otro sexo por razón de la edad.
- Las mujeres por razón del sexo.

El Impúber tenía necesidad de un protector habiendo nacido Sui Iuris, fuera del matrimonio legítimo o bien, si nacido bajo la Potestad Paterna había salido de ella antes de la pubertad. Aunque fuera persona apta para ser titular de derechos y obligaciones, podían encontrarse en la situación de estar imposibilitados para ejercitar por sí sola tales Derechos y cumplir tales obligaciones con la ejecución de los actos necesarios. Este protector se llamaba Tutor y difería de la Potestad Paterna, por que el tutor no tenía derecho de corrección, ni autoridad sobre el pupilo.

Terminando la tutela en la pubertad, el patrimonio de esos incapaces carentes de un Pater Familia, se confiaba a la guarda de otras personas designadas al efecto. La designación del tutor podía conferirse de la siguiente manera:

Testamentaria: era hecha por el Pater Familia, y muchas veces era confirmado por el magistrado del lugar. Existía la pluralidad de los Tutores con el objeto de dar garantías más completas; podía suspender o limitarse por un término o por una condición, lo cual no podía darse en las demás tutelas.

Esta designación no sólo se hacía en la institución del heredero, sino que también se admitía en un Codicilo Confirmatorio de un testamento.

Legítimo: podían ser:

De los Agnados: la ley de las XII tablas indicó como tutor al Agnado más próximo y, habiendo varios en el mismo grado son todos tutores. A partir de Justiniano se modificaron estos principios y desde entonces la Tutela o Sucesión es otorgada a los parientes más próximos, bien sea Agnados o Cognados.

De los Gentiles: en el Derecho antiguo, al no existir Agnados, pasaba la sucesión a los Gentiles y por tanto la Tutela también era concedida a ellos. Este tipo de tutela desapareció con la Gentilidad, recurriendo para reemplazarla al nombramiento del tutor por el magistrado.

Eran los Agnados las personas que estaban unidas por parentesco legítimo por la línea del varón, es decir, que estarían sometidos a una misma Potestad del padre, si el común Pater Familia no hubiese muerto.

Los Gentiles eran los pertenecientes a la misma Gens, constituidas por las familias procedentes de un antecesor común, con el mismo apellido o nombre Gentilicio.

En caso de no existir un tutor Testamentario o un tutor legítimo se designaba la tutela Dativa.

Dativa (Deferida por el Magistrado): la función del magistrado entraba en práctica cuando se designaba a un Tutor Testamentario y por una condición o término, éste no podía entrar en funciones, por lo cual se le confería al Agnado más próximo. En caso de que no se nombrara Tutor testamentario, ni existiera un tutor legítimo que garantizara los bienes del Pupilo; el magistrado se encargaba de nombrar al Tutor.

Las funciones principales de los tutores eran exclusivamente las de administrar y conservar los bienes del pupilo, garantizando el conjunto de su Patrimonio; completar la Personalidad Jurídica del Impúber.

En la época Justiniana se protegía al pupilo contra el fraude de los tutores, aunque también había que ponerse en guarda contra su insolvencia.

El Derecho Romano, organizó una serie de garantías entre las que se encuentran:

El pupilo acreedor disfrutaba de un Derecho de exigir con preferencia a los acreedores quirografarios, pero no hipotecarios; posteriormente se estableció una hipoteca tácita sobre los bienes del tutor, desde el día en que comenzaba a ejercer la tutela.

Tenía derecho a reclamar, a uno de ellos, la totalidad de lo que se debía sin que el fiador pudiera oponerse al beneficio de división.

Le conferían una acción subsidiaria contra los magistrados municipales, en el caso en que el tutor o los fiadores nombrados por el magistrado no pudieran pagar al pupilo.

Rescisión con ayuda de Integrum Restitutio de los actos que causen perjuicios por el tutor o por el Impúber con ayuda de éste.

3. ¿Qué es la Curatela?

Es concebida con carácter tutelar de asistencia al sometido a ella, pero sin que el curador le supla o sustituya como el tutor.

Pueden estar sujetos a curatela los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaron impedidos para el ejercicio de la asistencia; y los que obtuvieron el beneficio de la mayoría de edad. Este último es equivalente al del emancipado para el sometido a la tutela, sujeto por tanto a las mismas limitaciones en el obrar que el emancipado. El nombramiento del curador será necesario cuando haya que completar la capacidad de obrar del habilitado de edad.

El objeto de la curatela es la intervención del curador en los actos que los menores (emancipados o habilitados por edad), no puedan realizar por sí solos.

En cuanto al régimen jurídico de los actos realizados sin intervención del curador cuando ésta sea preceptiva, serán anulables remitiéndose al régimen jurídico de anulabilidad de los contratos y, en consecuencia, legitimando sólo al curador y a la persona sujeta a curatela para solicitar la declaración de nulidad. Debe entenderse que ésta última sólo podrá ejercitar la acción al salir de la curatela.

Son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilitación, excusa y remoción de tutores. No obstante, si el sometido hubiera estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo el mismo que hubiese sido tutor, a menos que este no hubiese cumplido correctamente con sus funciones.

Esta figura no tiene aplicación en la legislación civil nicaragüense no así en el resto de países centroamericanas.

4. Clases de tutela o guarda

El Código Civil regula la guarda testamentaria en los Artos. 304, 306 y siguientes C; la guarda legítima en los Artos. 304 y 314 y siguientes C; la guarda judicial o dativa en la 304 C; 321 al 327 C. y la guarda especial en la 328 C. y 329, existen cuatro tipos de guarda:

- a. guarda testamentaria
- b. guarda legítima
- c. guarda judicial o dativa.
- d. guarda especial.

Por lo que hace a la primera, los Artos. 306 y siguientes, se encargan de establecer, requisitos, sujetos y procedimientos.

En cuanto a la guarda **Legítima, el Arto. 314 C.**, y siguientes, indican con claridad, en qué casos pueden tener lugar, a quienes corresponde el ejercicio de la misma, etc.

La guarda **Judicial**, tiene cabida cuando no existe guardador testamentario ni legítimo o cuando el primero se encuentre impedido temporalmente para el ejercicio de su cargo y no hubiere parientes que la asuman.

El Arto. 321 C., establece el orden de las personas que pueden ser nombradas para el ejercicio del cargo. En cuanto a la guarda judicial del menor adulto, referida en los Artos. 324 al 327 C., se caracteriza porque la designación del guardado, se efectúa atendiendo la voluntad del menor y deja la vía expedita para que él mismo pueda acudir ante la Procuraduría de Justicia (ministerio público), cuando considere que algunos actos de su guardador, le resulten perjudiciales.

En el último caso, considerado por el Arto. 328 C., se han previsto ocho situaciones para que proceda la misma. En esta se comprende a los guardadores **para pleito o ad-litem**, como los concibe el Arto. 329 C., son nombrados por el juez que conoce la causa y deben reunir los requisitos de los Artos. 872 y 873 del Código de Procedimiento Civil.

Por decreto No. 181 del veintinueve de noviembre de mil novecientos setenta y nueve, publicado en La Gaceta, No. 71 del 30 del mismo mes y año, se facultó a las instituciones del sistema financiero nacional, para que solicitasen el nombramiento de guardadores ad-litem, para aquellas personas naturales que demandaran y no tuvieran apoderados que les representaran.

Es aplicable este tipo de nombramiento, en los casos de pleito por la tutela de los hijos e hijas menores, por suspensión del ejercicio de las relaciones Madre-padre-Hijos, por divorcio unilateral, debiendo efectuarse la publicación de los edictos de ley.

5. ¿Cuáles son los presupuestos de la obligación y sujetos de alimentos y tutela?

En cuando a la obligación legal de alimentos se funda en la relación próximo de parentesco que ha de existir entre alimentista y alimentante, ya que si entre los miembros de la sociedad, la obligación de asistencia no pasa de ser un deber moral, en el marco de una relación familiar íntima, la obligación ha de tener carácter jurídico, pues una de sus principales consecuencias, es el deber alimenticio.

Hemos señalado que entre uno y otro concepto, existen similitudes, en razón, de las necesidades, la edad de los sujetos y por ende de los presupuestos para que nazca dicha obligación, así vemos que:

- a. Debe existir parentesco entre el reclamante y el que tiene el deber de prestarlos.
- b. El estado de necesidad del alimentista (que quien reclame se encuentre en una situación de no poder proveerlos por sí mismo).
- c. Capacidad económica del obligado.

¿Qué características tiene la obligación?

Las normas civiles estudiadas recogen como características comunes de esta obligación las siguientes:

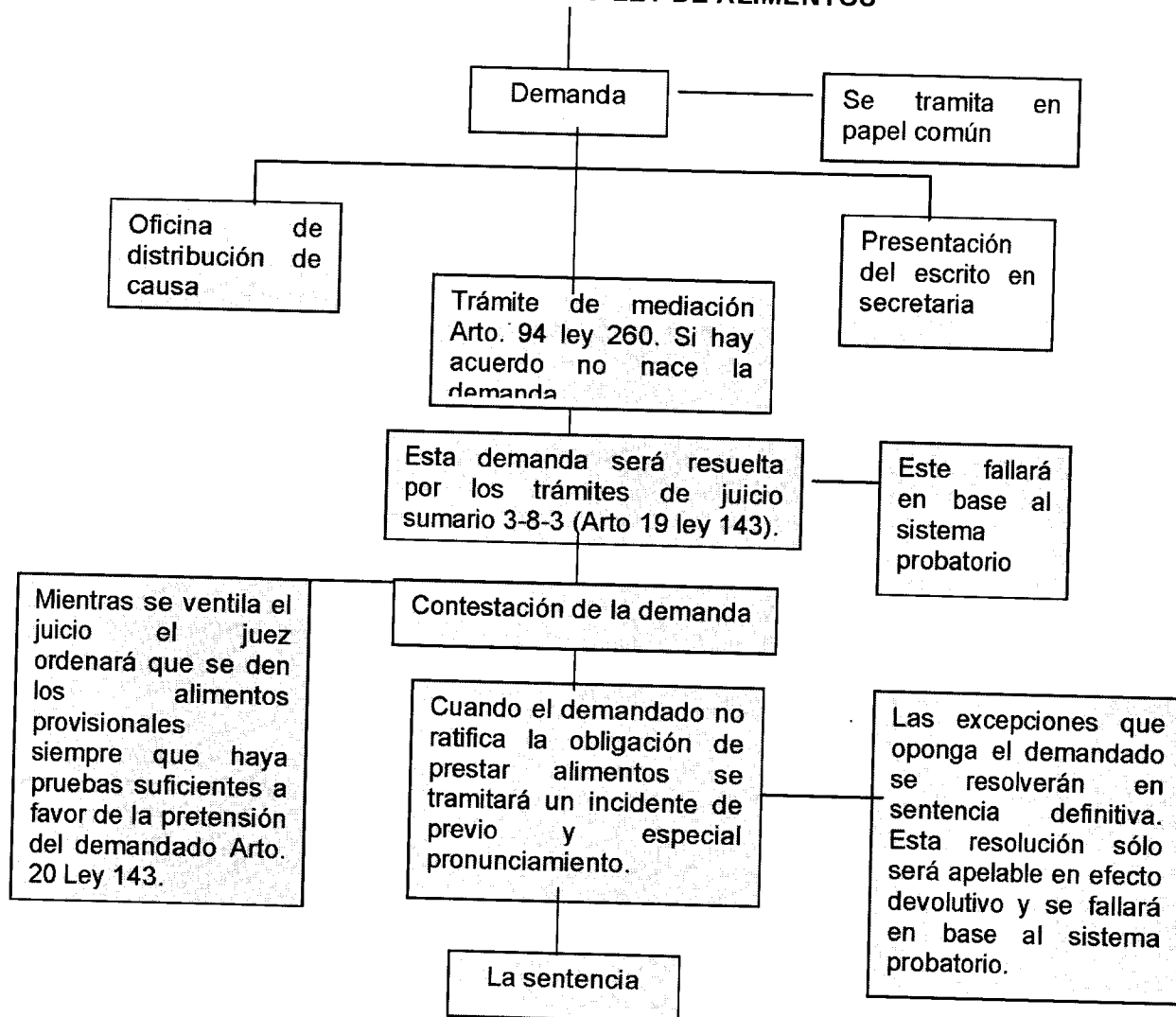
- 1). Es personal, por razón del vínculo familiar o de parentesco que une a uno y otro.
- 2). Es intransmisible
- 3). Es irrenunciable
- 4). No es un crédito que se halle en situación de reciprocidad con otro crédito ya existente.
- 5). Es un derecho que no puede transigirse.
- 6). Es condicional y variable, y
- 7). Es imprescriptible, aún cuando nuestra ley establece en su Arto. 13, que sólo podrá reclamarse hasta 12 cuotas atrasadas.

¿Quién es Autoridad competente para los juicios de alimentos y tutela?

Es autoridad competente para conocer del juicio de alimentos como de tutela, el JUEZ CIVIL DE DISTRITO de la localidad, cuyo procedimiento se ha establecido en los Artos. 19 al 25 de la citada Ley No. 143 y en el Código Civil y Código de Procedimiento Civil, respectivamente.

Atendiendo lo establecido en el Arto. 94 de Ley Orgánica del Poder Judicial, en los alimentos, se procede como sigue en el esquema:

PROCEDIMIENTO LEY DE ALIMENTOS



6. Formas de extinción de la obligación

Esta obligación se extingue, por las situaciones contempladas en el Arto. 26 de la ley:

- Por muerte del alimentante que no dejare bienes para satisfacerla
- Por muerte del alimentista

Cesa la obligación alimenticia, según el Arto. 27

- Cuando el que los proporciona se ve en la imposibilidad de continuar prestándolos o cuando termina la necesidad del que los recibía.
- En el caso de injuria, falta o daños graves del alimentario contra el deudor de alimentos y

- 3). Cuando la necesidad de los alimentos resulta de la conducta reprensible del que los solicita o recibe.

El inciso a) del artículo 89 del Código del Trabajo vigente, ratifica el carácter privilegiado de los alimentos al señalar literalmente “son preferentes a cualquier otro crédito, excepto los alimentos de familiares del trabajador declarado judicialmente.”

La norma constitucional en su artículo 130 reformado, establece la privación de inmunidad de los funcionarios que gozan de la misma conforme la norma fundamental en aquellas causales relativas a los derechos de familia y laborales, considerando que esta inmunidad también es renunciable, de lo que se deduce que existe interés por parte del Estado de hacer efectiva, de alguna manera, la protección de la familia y de manera particular el derecho a alimentos de los hijos e hijas menores de edad o no emancipados.

En el tema de la guarda, se cita para Mediación previa y se da intervención al Procurador Civil de Justicia. Acto seguido y demostrados los hechos se procede, a:

- **El Discernimiento.** Es el acto en virtud del cual, previo del juramento exigido por la ley, el Juez, pone al tutor (guardador), en posesión de su cargo, de conformidad con lo dispuesto por los Artos.414 al 424 C., que dicen, entre otras cosas: “Arto. 414.- Toda guarda debe ser discernida. Se llama discernimiento el decreto judicial que autoriza al guardador para ejercer su cargo.”

- **La Remoción y excusas**

Según lo manda el Artículo 396 y sigts. C., existen cinco causas de remoción, la cual puede ser provocada por cualquier pariente consanguíneo del pupilo o pupila, debiendo ser oído en juicio un guardador especial. Literalmente dicen:

“Arto.396.- Se presumirá que el guardador se conduce mal respecto de la administración, por el hecho de deteriorarse los bienes o disminuirse considerablemente los frutos, y el guardador que no desvanezca esta presunción, dando explicación satisfactoria del deterioro o disminución, será removido.”

Asimismo el Arto. 402 C., establece qué personas pueden excusarse del ejercicio del cargo, así:

“Arto. 402 C. Pueden excusarse de la guarda:

Los individuos del ejército o la armada, que se hallen en actual servicio, incluso los comisarios, médicos, cirujanos y demás personas adictas a los cuerpos de línea o a las naves del Estado.

Los que tienen que ejercer por largo tiempo o por tiempo indefinido un cargo o comisión pública fuera del territorio nicaragüense.

El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y los de las Cortes de Apelaciones, los comandantes de armas o comandantes militares, el Representante del Ministerio Público, tesoreros, sub tesoreros, contadores del Supremo Tribunal de Cuentas y los Jueces de Distrito.

Los administradores y recaudadores de rentas fiscales.

Los que están obligados a servir por largo tiempo un empleo público fuera del Departamento o Distrito en que se ha de ejercer la guarda, y los que tienen su domicilio fuera del mismo Departamento o Distrito.

Los que adolecen de alguna enfermedad grave habitual o han cumplido sesenta años.

Los pobres que están precisados a vivir de su trabajo personal diario.

Los que ejercen ya dos guardas; y los que estando casados o teniendo hijos legítimos o ilegítimos reconocidos, ejercen una guarda; pero no se tomarán en cuenta las guardas especiales.

Los que tienen bajo su patria potestad cuatro o más hijos legítimos vivos o ilegítimos reconocidos, contándoseles también los que han muerto en acción de guerra, bajo las banderas de la República.”

La administración de la guarda, será acorde a las disposiciones de los Artos. 425 al 480 C., que en síntesis, señalan:

“Arto. 425.- Corresponde al guardador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos, e imponerle obligaciones, excepto en el reconocimiento de hijos y el otorgamiento de testamento.

El menor debe respetar a su guardador, y éste tiene derecho para sujetarlo, corregirlo y castigarlo moderadamente. Si abusa el guardador de estas facultades, puede el menor ocurrir al Ministerio Público, para que haga las debidas gestiones.”

De igual manera el guardador o la guardadora, tiene obligación de rendir cuentas de la administración, tal como mandan lo previsto en los Artos. 482 al 498 C. y Artos. 807 al 812 del Pr.

“Arto. 482.- El guardador está obligado a llevar cuenta fiel y documentada de las rentas y de los gastos que la administración y la persona del menor hubieren hecho necesarios, aunque el testador lo hubiere exonerado de rendir cuenta alguna.”

Es necesario en este punto, recordar lo relativo a la **guarda provisional y definitiva, de que tratan** el Arto. 48 y sigts C. y que fue abordado en la unidad didáctica I, ya estudiada.

¿Cuándo se acaba la guarda?

Los Artos. 480 y 481C., establecen causas por las que finaliza el ejercicio del cargo, tales son:

“Arto. 480.- La guarda se acaba:

Por la muerte del guardador, su remoción o excusación admitida por el Juez.

Por la muerte de la persona en guarda, por llegar el menor a la mayoría de edad o ser declarado mayor, o por contraer matrimonio.”

“Arto. 481.- Sucediendo la muerte del guardador, sus albaceas, o sus herederos mayores de edad, deberán ponerla inmediatamente en conocimiento del Juez del lugar, y proveer entre tanto a lo que las circunstancias exijan respecto a los bienes y personas del menor.

El Representante del Ministerio Público, está obligado también a ponerla en conocimiento del Juez.”

En síntesis:

Hemos estudiado en las páginas que anteceden dos instituciones del derecho de Familia, como son; los alimentos y la tutela, con los cuales cerramos el Derecho de Familia. Ambos son de vital importancia, puesto que guarda relación con todas las otras instituciones abordadas en esta misma unidad, como son el parentesco, pasando por el matrimonio, la unión de hecho estable, el divorcio, la filiación, la adopción y la patria potestad (relación Madre-Pare-hijos) de la legislación nicaragüense.

De manera que estaremos en mejor disposición para entender que el derecho-deber de padres y madres con respecto a sus hijos e hijas al cuidado y asistencia de los mismos tiene entre sus características, la irrenunciabilidad e imprescriptibilidad, es decir que no puede transferirse como cualquier objeto. Y en el caso de la tutela, sólo excepcionalmente se puede dejar de ejercer, para lo cual, también, la ley ha establecido las circunstancias particulares. Y nos disponemos a desarrollar la siguiente actividad de autoaprendizaje.

Actividad de autoaprendizaje No. 3

Respondo:

1. Qué entiendo por filiación y en cuál de los tipos que reconoce la legislación nicaragüense, me ubico?
2. ¿Cuál es la diferencia entre los conceptos de filiación y paternidad?
3. ¿Cuál es el plazo en el cual se presume, nacen los hijos dentro de matrimonio?
4. Señalo el procedimiento vigente para tomar un niño o una niña en adopción
5. Según su criterio en qué consiste la Relación Madre-Padre-Hijos, es igual a la Patria Potestad y cuál es su importancia?
6. En qué momento cabe demandar el pago de la pensión de alimentos
7. ¿Cuántas mensualidades se pueden pedir?
8. ¿Cuáles son las formas de cumplir con la obligación alimenticia?
9. Al faltar el padre, ¿quién está obligado a dar alimentos al hijo o hija menor de edad?
10. Establezco la diferencia entre tutela y curatela
11. Indico quienes están sujetos a tutela en la ley nicaragüense
12. Retroalimento mis aprendizajes con las respuestas que figuran en las páginas 238-239

H. PROYECTO DE CÓDIGO DE FAMILIA

En este apartado nos ocuparemos de la utopía del Código de Familia de Nicaragua. Como se ha dejado señalado anticipadamente, es el único país de la región centroamericana que carece de este instrumento jurídico, sin embargo los cambios que la sociedad experimenta en los distintos ámbitos inciden en el desenvolvimiento del derecho y traen como consecuencia la necesidad de modificar y modernizar la legislación y por ende el Derecho Civil y en éste, el derecho de familia.

Reconociendo cada vez más el carácter de grupo social y de institución de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y tomando en cuenta que dichos cambios inciden de manera directa en el comportamiento de los individuos y consecuentemente en sus relaciones familiares las que trascienden paulatinamente de la esfera del derecho privado a la del derecho público, lo que se justifica en razón de que el Estado intervenga en la regulación de estas relaciones.

Si el derecho se apoya en la realidad social, el derecho de familia, acusa de modo particular, la proyección de esa realidad. Las instituciones familiares poseen un trasfondo ético, moral, político y religioso lo cual tiene especial sensibilidad frente a las transformaciones que se dan en esas áreas. La evolución de la familia ha sido profunda y general, tanto en América como en el resto del mundo, lo que se demuestra con los contenidos en los tratados y convenciones internacionales ratificados, los que dan lugar a la adecuación de la Legislación Nacional Interna.

La Constitución Política o carta fundamental de los nicaragüenses, en sus Artículos 70 al 79 establece los Derecho de Familia y congruentes con tales principios, se hace necesario y de carácter impostergable, la armonización de la legislación ordinaria con el precepto constitucional precisamente, por tratarse de una regulación contenida en el Código Civil que data del año 1904, así como una serie de leyes dispersas promulgadas en los últimos veinte años.

Las transformaciones referidas obligan a elaborar un instrumento jurídico que recoja y actualice algunas de las instituciones del Código Civil e incorporar en su totalidad y debidamente modificadas las leyes especiales relacionadas con la familia, lo que permitirá disponer de una legislación familiar de manera integral, instrumento que no sólo debe ocuparse de modificar o reformar disposiciones contenidas en el actual Código Civil sino que debe integrar nuevas figuras jurídicas, tales como: La Unión de Hecho Estable, el Patrimonio Familiar y las Personas de la Tercera Edad y además evitar la posibilidad de la concurrencia de normas distintas sobre una misma materia con perjuicio de la seguridad y certeza jurídica.

Analizado el proyecto, éste recoge y actualiza algunas de las instituciones del Código Civil promulgado en el año 1904. De igual manera incorporan en su totalidad y debidamente modificadas las leyes especiales relacionadas con la familia, promulgadas en los últimos veinte años, lo que permitirá disponer en un solo instrumento jurídico todo lo relativo al derecho de familia.

Consta de un Título Preliminar y cinco (5) libros que se ocupan de: La Familia, la Filiación y sus Relaciones, Las Relaciones Madre-Padre-Hijos e Hijas, Asistencia Familiar y tutela; los Menores y las Personas de la Tercera Edad. Cabe decir que ante la promulgación y vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia, y la Ley de sistema de Ahorro de Pensiones, siempre será necesario regular los derechos de las personas de la tercera edad.

Crea los Tribunales de Familia y releva de la carga de papel sellado los juicios en esta materia.

Resumen Final

Planteado y analizado el Derecho de Familia y sus instituciones, de manera detallada, es innegable la necesidad y urgencia de contar con un Código de Familia, instrumento jurídico que nos permitirá ponernos a tono con la legislación regional al menos, así como instaurar los tribunales de familia, ya creados por la Ley no. 260 Ley Orgánica del Poder Judicial, del año 1998.

Lo estudiado en esta unidad, se observa que efectivamente hemos tenido un relativo avance en materia legislativa familiar, sin embargo no es posible seguir postergando su discusión y aprobación e incorporar en dicho instrumento, lo relativo a la Paternidad Responsable y en este sentido al contemplar el tema de la presunción de paternidad deberá desarrollarlo enfatizando el interés superior de los niños y la importancia que la familia reviste para la sociedad nicaragüense, según se desprende de la norma constitucional.

Es ampliamente conocido el índice de niños y niñas que no son reconocidos por sus padres y con ello, se violenta no sólo el derecho a la identidad y a saber quienes son sus padres, sino también se ven imposibilitados de ejercer el derecho a demandar una pensión alimenticia, precisamente por el desconocimiento de la paternidad y la ausencia de mecanismos que aseguren la instrumentación de lo consignado en la norma Constitucional, el Código de la Niñez y la Adolescencia y diversos instrumentos internacionales de los cuales, Nicaragua es estado parte. Siendo éste, otro de nuestros vacíos jurídicos.

Evaluación final

- 1.-Describa los fines del matrimonio
- 2.-Explique las formas de matrimonio que existen en Nicaragua
- 3.-Enuncie las formalidades del matrimonio
- 4.-Nombre los efectos personales del matrimonio
- 5.-¿Cuáles son los derechos de familia reconocidos por la Constitución Política?
- 6.-Indique tres elementos básicos para el reconocimiento de la unión de hecho estable
- 7.-¿Cómo se establece la filiación matrimonial y cuál es la diferencia con la filiación extramatrimonial?
- 8.-Dulce y Javier entablan demanda de divorcio por mutuo consentimiento y dejan de cohabitar. Dadas las formalidades de ley, el juicio dura un año, y antes de que transcurran 300 días de haberse dictado la sentencia de divorcio nace un niño de Dulce.
 - a) ¿Es Javier el padre del niño?
 - b) ¿ Por qué?
 - c) ¿Es el niño hijo de matrimonio?
 - d) ¿ Por qué?
 - e) En caso necesario, ¿podrá Dulce sostener que Javier es el padre?¿Por qué?
- 9.- Defina qué es la pensión alimenticia
- 10.-¿Quién y en qué proporción debe dar alimentos a un hijo en caso de no estar casados los padres y la madre disponga de un patrimonio importante.
- 11.-¿Quién y cuánto debe pagarse de alimentos a un discapacitado, cuya madre también es discapacitada y el padre posee un capital que incluye rentas mensuales de importancia? ¿Por qué?
- 12.-¿Cómo deben calcularse los alimentos?
- 13.-¿Quiénes están obligados a dar pensión alimenticia?
- 14.-Mencione al menos dos casos por los cuales se puede eximir al obligado del pago de pensión alimenticia
- 15.-Quiénes están sujetos a tutela?
- 16.-¿Cuántas clases de tutela existen?
17. Retroalimente sus aprendizajes con las respuestas de las páginas 239, 240 y 241.

HOJAS DE RESPUESTAS

Prueba Diagnóstica

R/1.- El objeto de estudio del Derecho Civil son las personas, la familia y las cosas.

Persona es todo ser sujeto de derechos y obligaciones

La Constitución Política clasifica a las personas en nacionales y nacionalizados, también en nicaragüenses y extranjeros. En cambio el Código Civil las clasifica en Personas Naturales y Personas Jurídicas.

R/2.- Los tipos de parentesco son: Parentesco por Consanguinidad y Parentesco por Afinidad.

R/3.- Conozco personas naturales o físicas, personas jurídicas o morales, y en estas últimas personas de carácter mercantil y personas jurídicas sin fines de lucro.

R/4.- En primer lugar me parece que existen derechos y obligaciones entre todos los miembros de mi familia, como son: el derecho a tener un nombre, un domicilio, a pedir una pensión de alimentos, etc.

R/5.- Porque regula las relaciones entre sus miembros, por el carácter que se le ha reconocido a la familia, a pesar de ser la célula fundamental de la sociedad.

R/6.- Bueno porque si conozco a lo interno mis derechos, como los derechos que tienen todos los miembros de mi familia, estaré en mejor capacidad para entender algunas conductas y comportamientos.

R/7.- Qué somos las personas, un conjunto de necesidades, inquietudes y conocimientos, seres de carne y hueso con sentimientos y pensamientos, vinculados por esos mismos sentimientos y afectos a una determinada familia o persona. Con algunos pensamientos heredados y otros propios.

R/8.- Las relaciones en mi familia las puedo clasificar así:
afectivas y de cuidado, generalmente es mi madre quien nos las brinda y económicas y de autoridad, a cargo de mi padre.

Actividad de autoaprendizaje No.1

R/1.- Familia es el conjunto de personas unidas por vínculos de parentesco y que generalmente habitan bajo un mismo techo.

R/2.- La sociedad, está constituida por las familias, de ahí la importancia de una y otra y su estrecha relación.

R/3.- Según la Constitución Política de Nicaragua, esa protección obedece a que es el núcleo de la sociedad, lo que equivaldría a decir que sin familia no habría sociedad.

R/4.- Proteger y educar a sus hijos e hijas, representarlos y transmitir los valores culturales.

R/5.- Funciones básicas de la familia, son la productiva (económica y patrimonial) y reproductiva (educativa, afectiva y sexual). Asignadas la primera al hombre y la segunda a la mujer, uno en el espacio público y otra en el espacio privado.

R/6.- El matrimonio, la unión de hecho, la filiación, la adopción, el divorcio, la relación madre, padre-hijos, el derecho de la niñez y la adolescencia, el derecho de las personas de la tercera edad, el derecho a la lactancia materna, la paternidad y maternidad responsables.

R/7.- Los derechos de las mujeres y los derechos de la niñez y la adolescencia

R/8.- Por supuesto que tienen derechos, igual que todas las personas adultas. Sin embargo, sus derechos se encuentran contenidos en el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley No. 287, 1998.

R/9.- Los fines del matrimonio son la cohabitación, el mutuo auxilio y la procreación, según el Código Civil.

R10.- Hay dos formas de matrimonio en Nicaragua: civil celebrado por autoridad competente, debidamente facultada, el civil ordinario y el especial (por poder, in articulo mortis, el celebrado en el extranjero y el matrimonio putativo). religioso, que la Iglesia Católica autoriza una vez que se ha celebrado el matrimonio civil así iglesias de otras denominaciones celebran matrimonios y que igual que el de la iglesia católica, no producen efectos civiles.

R/11.-

a) Se deben presentar al funcionario que va a celebrar el matrimonio los siguientes documentos:

- La certificación de nacimiento, para verificar la edad de los contrayentes.
- cédula de identidad y no cualquier otro documento acreditado de la nacionalidad
- cédula de identidad de los testigos del acto

Invocar el principio de igualdad constitucional y solicitar de ser necesario la prueba de embarazo.

R/12.- Que lo celebre el funcionario autorizado, haya consentimiento de los contrayentes y se cumpla con los requisitos de ley .

R/13.- A mi entender son efectos personales, los siguientes: modificación del estado civil y el nacimiento de derechos y obligaciones entre los cónyuges y los descendientes.

Actividad de autoaprendizaje No. 2

R/1

a) Indudablemente que aunque el matrimonio y la unión de hecho estable, están reconocidos en la constitución Política de Nicaragua, el tratamiento que se da a uno y otra, no es igual, pues el matrimonio tiene un desarrollo claro y preciso en el Código Civil, no sucede igual con la Unión de Hecho Estable, que sólo está enunciada en la Constitución y aunque existen leyes secundarias que la reconocen, no son uniformes al considerar los derechos derivados de la misma.

- b) Deberían aplicarse, sin embargo como no existe control alguno sobre este tipo de uniones, se vuelven ineficaces los impedimentos.
- c) En cuanto a los derechos y deberes, deben ser los mismos, precisamente porque se les reconoce en la Constitución, como se reconoce la igualdad de derechos de padre y madre, como de los hijos e hijas

R/2.- La solución al problema planteado la veo en la necesidad de que Estela se divorcie de su marido, pues si se ha dicho que la unión de hecho estable debe tener los mismos derechos y deberes que el matrimonio, mientras se encuentre casada, no podría legalizar dicha unión, ya que la separación no acaba con el matrimonio, ella debe divorciarse.

R/3.- En el caso de divorcio por mutuo acuerdo, los cónyuges después de haber llegado a un acuerdo en ello, solicitan al Juzgado que disuelva el vínculo que los une. No hay cónyuge acusador ni acusado, ya que este divorcio se solicita dentro de la armonía que se supone debe existir cuando se ha llegado a un acuerdo en ello.

Este divorcio obligatoriamente debe dejar clara la situación de los hijos menores, a saber:

Cómo queda la patria potestad sobre ellos.

A quién corresponden los deberes de guarda, crianza y educación.

A quién corresponderá la manutención y en qué proporción o suma. Además debe comprender todo lo relativo al estado en que quedan los bienes adquiridos durante el matrimonio y si los cónyuges renuncias o no al derecho de cobrarse pensión alimenticia.

R/4.- Todos, excepto Nicaragua

R/5.- Según la Ley No. 38 el matrimonio se disuelve: por la muerte de uno de los cónyuges y por el divorcio, en este caso: puede Unilateral o por Mutuo consentimiento y por Sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del mismo. En cuanto a los derechos, subsisten respecto a los hijos e hijas el de alimentación, representación, así como el de relación madre-padre-hijos.

R/6.-El matrimonio se puede declarar nulo cuando éste se ha celebrado en presencia de impedimentos absolutos, que permiten su nulidad sea declarada de oficio o bien de impedimentos relativos, hace falta que la persona agraviada demande su nulidad. Una vez declarada la nulidad del matrimonio subsisten los efectos respecto a la descendencia su hubiere.

Actividad de autoaprendizaje No.3

R/1.- Vínculo jurídico que une a descendientes con ascendientes y que me permite saber quién es mi padre y quién es mi madre. Como se reconoce una sola filiación, ahí es donde me ubico

R/2.- Filiación es lo que ya señalé y paternidad, es cuando la filiación sólo se refiere al padre

R/3.- Los plazos según la ley, son 180 días y 300 días, que tiene que ver con el período máximo y mínimo de duración del embarazo, de manera que si el niño o la niña nace dentro de dichos plazos, se presumen hijos del matrimonio.

R/4.- Según el Decreto No. 862, se debe cumplir con una fase administrativa ante el Consejo de la Adopción, que adscrito al Ministerio de la Familia, lugar donde se deben presentar los solicitantes para completar la solicitud y demás requisitos requeridos por dicha instancia. Posteriormente una vez hechas todas las averiguaciones correspondientes y los estudios biosociales, el Consejo de Adopción dicta la resolución favorable para que los adoptantes, procedan a cumplir la etapa judicial, ante el Juez de Distrito Civil competente.

R5.- Consiste en el derecho-deber que tiene los padres con respecto a sus hijos e hijas menores de edad de cuidarlos, protegerlos alimentarlos y representarlos, esta figura sustituyó a la Patria Potestad del Derecho romano, ahora la ejercen de manera conjunta el padre y la madre. Su importancia es precisamente que no hay discriminación por ser madre, sino que ambos ostentan la representación de sus hijos e hijas.

R/6.- Cuando no se provee para la manutención de los alimentistas o hay atrasos en la entrega de la misma.

R/7.- Se puede demandar hasta doce meses atrasados, es decir, un año.

R/8.- Pagar en efectivo, o en especie, o de ambas formas.

R/9.- La madre y los parientes más cercanos que tengan capacidad para hacerlo.

R/10.- Tutela o guarda es una institución supletoria de la patria potestad mediante la cual se puede representar, proteger y asistir a una persona menor de edad o incapaz o a los bienes. La diferencia con la Curatela es que se sujetan a ella, los emancipados, así como los mayores de edad.

R/11.- Están sujetos a tutela las personas (menores de edad, incapaces) y los bienes.

Evaluación final

R/1.- Desde mi punto de vista y de acuerdo a lo estudiado, los fines del matrimonio son: la convivencia de la pareja en común, la procreación de sus hijos e hijas, así como el respeto y la ayuda y asistencia mutua, los mismos establecidos por el Código Civil.

R/2.- Hay dos formas de matrimonio en Nicaragua, existe el matrimonio civil y también el matrimonio religioso, sin embargo, sólo el civil causa efectos entre la pareja y con respecto a sus descendientes.

R/3.-

a) La pareja que desea unirse en matrimonio debe ser soltera, no tener impedimento alguno para contraerlo y presentarse ante la autoridad con los documentos siguientes:

-Cédulas de identidad de los contrayentes

-Certificados de nacimiento

-Cédulas de identidad de los testigos, con sus generales de ley, quienes deben ser mayores de edad.

En caso que los contrayentes sean menores de edad (la mujer menor de 18 y el varón menor de 21 años), éstos deben presentar la autorización escrita de sus padres o tutores.

b) Es un impedimento para contraer matrimonio, sin embargo, de insistir en la celebración del mismo, ambos cónyuges asumirán los resultados.

La formalidad central es que, se trata de un acto solemne que para su validez debe ser autorizado por funcionario competente y ante dos testigos, debidamente identificados.

R/4.- Los efectos personales es que nacen derechos y obligaciones, una de ellas es que afecta el estado civil de las personas

R/5.- El derecho a constituir una familia, al patrimonio familiar, al matrimonio, a la unión de hecho, al divorcio, a los alimentos, a la igualdad de los hijos e hijas, a la filiación, la adopción, el proceso de reproducción humana, la lactancia materna y el derecho de las personas de la tercera edad.

R/6.- heterosexual, aptitud legal, singular

R/7.- Por el nacimiento de los hijos e hijas dentro de los plazos previstos en la ley. La diferencia es el vínculo que le da origen, a la primera el matrimonio y a la segunda la ausencia de vínculo matrimonial.

R/8.- Según lo dispuesto en el Código Civil se presume hijo del marido por la fecha de nacimiento del niño. Además considero que en el juicio puede haberse dejado constancia del embarazo y aún cuando no lo hubiera hecho, hay una presunción de paternidad y corresponderá en todo caso, probar la no paternidad, mediante los mecanismos previamente señalados.

R/9.- La pensión alimenticia es el derecho que tienen los hijos e hijas menores de edad, incapacitados o mayores que realizan estudios de manera provechosa a que sus padres les provean para satisfacer sus necesidades, según la ley es una contribución económica o mixta en efectivo y en especie, a suministrarse para la manutención. Es la suma de dinero o aporte económico que hace el padre y la madre para sus hijos e hijas menores de edad que permiten la manutención de los mismos.

R/10.- Tanto el padre como la madre, están obligados a proveer alimentos al hijo aunque esté no haya nacido de una unión matrimonial. Sin embargo, quien dispone de más recursos, debe enterar una mayor cantidad.

R/11.- En primer lugar el padre y la madre, y en la cantidad suficiente que le permita satisfacer sus necesidades incluyendo la de atención médica especializada por su calidad de discapacitado. Como la madre también es discapacitada, debe proveerlos en su totalidad, el padre, quién también estará obligado a pagar una renta mensual a la madre del hijo, siempre que tal discapacidad le imposibilite a ésta, proveerse por su propio medio, los alimentos.

R/12.- Los alimentos se calculan en base a la necesidad del alimentista y capacidad del alimentante, considerando para ello los ingresos de uno y los gasto del otro. Los alimentos deben ser proporcionales al caudal económico de quien los debe y a las necesidades de quien los recibe.

R/13.- Los obligados a darse pensión alimenticia son: los cónyuges entre sí; los padres a sus hijos menores o incapaces y éstos a los primeros; los hermanos a los hermanos menores e incapaces; los abuelos a los nietos menores o incapaces y los bisabuelos a los bisnietos menores o incapaces, así como el compañero o compañera de vida.

R/14.- Se puede eximir al obligado del pago de la pensión alimenticia: cuando el deudor se pone en estado de no poderla dar; cuando quien la recibe deja de necesitarla; en caso de injuria, falta o daños graves del alimentario contra el alimentante, excepto entre padres e hijos.

R/15.- Están sujetos a tutela las personas (menores de edad, incapaces) y los bienes.

R/16.- Los tipos de tutela o guarda que existen en el derecho nacional son: guarda testamentaria, guarda legítima, guarda judicial y guarda especial, guarda ad-litem, guarda provisional y guarda definitiva, ésta última por lo que hace a las personas ausentes.

Glosario

Afinidad: Analogía de una cosa con otra. Parentesco entre un cónyuge y los deudos del otro.

Ascendiente: Padre, madre o cualquiera de los abuelos, de quien desciende una persona.

Astreintes: Voz francesa, que significa una condena conminatoria o compulsiva.

Coemptio: Forma matrimonial, de la antigua Roma, en la cual no había intervención sacerdotal. El rito consistía en la venta simbólica de la mujer al marido. Para tal fin se empleaba una moneda de escaso valor.

Cohabitación: Acción de cohabitar o habitar juntamente con otro u otros.

Colaterales: Dícese de las cosas que están a uno y otro lado de otra principal.

CONAPINA: Consejo Nacional de Protección y Atención Integral de la Niñez y la Adolescencia

Connubio: Voz equivalente a matrimonio. En el derecho Romano la aptitud legal para contraer "justas nupcias".

Consanguinidad: Unión, por parentesco natural, de varias personas que descienden de una misma raíz o tronco.

Contravención: Infracción.

Cónyuge: Consorte, marido y mujer respectivamente.

Coparticipación: Acción de participar a la vez con otro en alguna cosa.

Descendientes: Hijo, nieto, o cualquiera persona que desciende de otra.

Diada: Unión de dos principios que se completan recíprocamente.

Dirimente: Llámense así los impedimentos que hacen imposible el matrimonio, por oponerse a su validez. Se diferencian de los impedientes los cuales, aunque impiden o prohíben el matrimonio, no llegan a anularlo. Magistrado que dirime o resuelve la discordia o disidencia de un tribunal colegiado.

Discriminación: Acción y efecto de discriminar./ Discriminación racial, separación de las personas de origen, raza o religión diferentes en un mismo país.

Emitir: Arrojar, exhalar o echar hacia fuera una cosa. Poner en circulación papel moneda, leyes, etc.

Fraternidad: Unión y buena correspondencia entre hermanos o entre los que se tratan como tales.

Generación: Acción y efecto de engendrar. Casta, género o especie. Sucesión de descendientes en línea recta. Período de tiempo que separa cada uno de los grados de filiación. Conjunto de personas que viven en la misma época.

Gens: Grupo familiar que desciende de un tronco común, únicamente por la vía masculina.

Ideología: Perteneciente a la ideología o la clasificación de las ideas.

Infante: Niño hasta la edad de siete años. Hijo o hija del rey, nacido después del príncipe o de la princesa.

Infringir: Quebrantar.

Iure: De derecho

Inviolable: Que no se debe o no se puede violar. Que goza de inviolabilidad.

Intestada: Se dice de la sucesión de una persona que no dejó testamento o cuando éste ha resultado inválido.

Jurídico: Que atañe al derecho, o se ajusta a él.

Legitimidad: Calidad de legítimo: la legitimidad republicana.

Linaje: Clase o condición de una cosa o persona.

Norma: Regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las operaciones.

Núbil: Se dice de toda persona y más especialmente de la mujer, que ha llegado a la edad en que es capaz para la pubertad, calculada de los 12 a los 14 años.

Parental: Conjunto de todo género de parientes.

Parentesco: Vínculo, conexión, enlace por consanguinidad o afinidad.

Perpetuación: Acción de hacer perpetua o perdurable una cosa. Dar a las cosas una larga duración.

Precepto: Disposición, orden, mandato. Regla, método.

Prejuicio: Acción y efecto de juzgar de las cosas antes del tiempo oportuno, o sin tener de ellas cabal conocimiento.

Premuerto: Muerte anterior de alguien con respecto a otra o varias personas

Prole: Linaje, hijos o descendencia de uno.

Promulgar: Publicar formalmente una ley para que sea aplicada y cumplida.

Reconocible: Reconocer a alguien como lo que es

Relicto: Adjetivo que se aplica a lo dejado por quien muere, como el bien relicto.

Remuneración: Precio o pago de un trabajo, de un servicio

Reputado/a: Estimar, juzgar de cierta manera. Apreciar, reconocer y estimar un mérito.

Sanción: Acto solemne por el que un Jefe de Estado confirma una ley o estatuto. Autorización, aprobación de un acto. Pena o castigo que la ley establece para el que la infringe. Medida de represión aplicada por una autoridad.

Sevicia: Se dice en general por toda crueldad o dureza excesiva con una persona; y en particular, de los malos tratos de que se hace víctima al sometido al padre o autoridad de quien así abusa.

Sindiásmica: Un tipo de familia, que existió en la antigüedad

Solidaridad: Adhesión circunstancial a la causa o la empresa de otros.

Subrogarse: Sustituir a una persona o cosa en una relación jurídica

Subsistir: Permanecer, durar una cosa o conservarse. Vivir, mantener la vida.

Supérstite: El que sobrevive en relación con el otro. Por antonomasia, el consorte que enviuda o cónyuge supérstite, con diversos derechos y obligaciones por ello.

Suspensión: Acción y efecto de suspender.

Sustitución: Reemplazo, cambio. Nombramiento de heredero en reemplazo de otro.

Tenencia: Ocupación y posesión de una cosa.

Usus: Voz lat. Empleo o utilización de una cosa conforme a su destino o naturaleza. Derecho de uso. En la Roma antigua, modo de adquirir la autoridad marital o “manus” sobre la casada, mediante la cohabitación continua (como domicilio común), durante un año.

FORENSIS. Loc. lat. Usos forense. Práctica forense, de la abogacía. “FORI” Loc. lat. Usos del foro. Prácticas, modos, rutinas o costumbres habituales o seguido en el foro. La misma jurisprudencia. TERRAE. Loc. lat. usos de la tierra. En el derecho histórico español, el consuetudinario que coexistía, con el derecho escrito, los fueros especialmente, los vestigios juzgo y demás leyes de los visigodo.

Velar: Hacer guardia, vigilar. tomar medidas de precaución, de defensa. Cuidar solícitamente de una persona.

Vínculo: Unión o atadura de una cosa con otra.

Unidad Autoformativa III
Derecho de Familia en el Siglo XXI

Presentación de la unidad

En las unidades anteriormente estudiadas abordamos de manera suficiente los temas relativos a las personas, como sujetos de derechos y deberes, así como la familia, el derecho de familia, las formas de familia, conviene que ahora en esta tercera unidad autoformativa, nos dediquemos, al estudio de la familia, sus retos y paradigmas de este nuevo siglo, en el siglo XXI- Un siglo de retos, de avances científicos técnicos y de los avances que el Derecho de Familia ha tenido en los últimos tiempos, ya que como personas que somos y futuros profesionales del derecho, nos conviene de manera particular, su estudio y análisis.

Para ello, tomaremos como puntos de referencia, la evolución y desarrollo de la familia y las experiencias que el núcleo fundamental de la sociedad ha logrado acumular a través de sus diversas manifestaciones y expresiones a lo largo de la historia.

"Para sorpresa de muchos, son las actitudes, costumbres y normas sobre la familia, las que han cambiado más profunda y rápidamente en los últimos tiempos, y las más propicias a paradigmas y patrones generales.

Aún hoy, en cuántos países, la familia se asimila a la familia fundada en el matrimonio o derivada de él, a la cual se reduciría la tutela normativa, con discriminación adversa de las uniones y la prole extramatrimonial, inveteradamente denostadas con epítetos degradantes. El caso es que sólo recientemente en los planes de estudio de derecho de avanzada apareció el curso de Derecho de Familia, y que el programa de éste aún se reduce al tratamiento de los temas de matrimonio, su disolución, estado civil, filiación, autoridad parental, relaciones patrimoniales entre cónyuges y entre padres e hijos, tutelas y curatelas, y en alguno casos, adicionalmente, régimen de bienes en el concubinato o en la unión marital de hecho.

Familia, vocablo unívoco y equívoco, como el que más. Al solo escucharlo o leerlo, todos sabemos de qué se trata. Sólo que no significa lo mismo en todos los lugares, ni en todos los hogares. Qué fácil es incurrir en la reducción de la vista a un fragmento breve de tiempo, aquel que abarca la memoria personal o la de una o dos generaciones más. En otras palabras, cuán proclive resulta a volverse un concepto anacrónico. Sí, la familia es una institución, una sociedad natural, cuyos derechos merecen reconocimiento del Estado (art. 29, Constitución de la República Italiana, 1947). La familia es el núcleo fundamental de la sociedad (art. 42, Constitución de Colombia, 1991) merece plena protección. Así se expresan en general Constituciones y códigos modernos y contemporáneos. Pero, ¿qué es familia, o más concretamente en términos hermenéuticos, qué entienden unas y otros por familia y cuáles son las relaciones entre el concepto social y el concepto jurídico o diernos de familia? La familia es una realidad polifacética, definible por sus funciones que son variadas, unas inherentes a su ser, otras transitorias, dijéranse fungibles.

Nuestra América, caracterizada de origen por una multiplicidad cultural, y quizás por ello socialmente respetuosa de esa diversidad y empeñada en tutelar a los sectores y núcleos más desamparados, de que son ejemplos los códigos de El Salvador (1993) y Panamá (1994).

El derecho de familia debe reglamentar las relaciones familiares, es decir, las relaciones vitales que derivan del matrimonio y del parentesco. (...) Familia, en sentido jurídico, es el conjunto de personas vinculadas por el matrimonio o el parentesco, decía el ilustre jurista H. Lehmann, en su conocida obra Derecho de familia, 2da. ed., 1947, trad. J-M Navas, Madrid, 1953.

Ciertamente, el campo del Derecho de Familia se ha ampliado notablemente y se ha vuelto muy complejo. De otra parte, cada día se hace más patente, no sólo la necesidad de darle un tratamiento interdisciplinario o multidisciplinario a las relaciones de familia y a los problemas que en ella se suscitan, sino la subsidiariedad y aun la insignificancia de la regulación jurídica de aquellas y de la intervención administrativa o jurisdiccional en la solución de los conflictos.

Sin que importe el desorden de su enunciación, ha de destacarse la ocurrencia cada día más frecuente y numerosa del divorcio, la prescindencia del matrimonio como forma de apareamiento y de creación de familia, el abandono y el abuso de menores, la inestabilidad familiar, las sucesivas uniones- con toda su conflictividad personal y patrimonial- el maltrato y la discriminación de la mujer, la prostitución infantil y juvenil. Cuestiones a las que han de agregarse las nuevas técnicas de reproducción asistida, el aborto, la eutanasia y la muerte digna, el Sida, el matrimonio y la unión de hecho homosexuales, la adopción por parejas de homosexuales.

Para comenzar con una posición jurídica fundamental; no es más sólo la pareja de cónyuges y su descendencia, sino que, como las nuevas constituciones lo proclaman, es un fenómeno natural que puede revestirse de formalidades jurídicas, no necesarias para su constitución, que depende exclusivamente de la decisión de la pareja (así Art. 42, inc. 1, Constitución de Colombia, 1991). A lo que se añade que el matrimonio ya no es un acto meramente religioso y monopolio de una sola religión, sino un acuerdo formal civil, laico, o religioso al que el Estado le reconoce valor y efectos civiles. La unión libre, como núcleo familiar es cada vez más frecuente: a la barragania del derecho español, sucedió el concubinato y por las restricciones legales de él a personas con libertad de estado, el ayuntamiento a secas, tan frecuente en nuestra América, que varios países caribes legalizaron desde hace tiempo, y cuyo reconocimiento fue penetrando en los demás por la vía del derecho social, hasta ahora, cuando como ha sucedido con cuantas otras instituciones de familia, se le acoge benévolamente por su embalaje europeo (es el caso, por ejemplo, de la investigación judicial de la paternidad con la ley francesa del 16 de noviembre de 1912), como unión marital de hecho, así sea con las restricciones de la ley colombiana (50 de 1990), pese a que una tercera parte de las familias está constituida al margen del matrimonio, y más del 60% de las parejas jóvenes no están casadas.

En ningún otro campo, en ninguna de las restantes relaciones se palpa una influencia mayor de la tradición y de normas de conducta diferentes de las jurídicas: higiene, moral, religión, costumbre.

De todos modos hay que colocar a buen seguro la autonomía de la pareja y de cada uno de los miembros de la familia, teniendo bien presente que el Estado no puede ser el brazo armado de la religión o de la moral, independientemente de cuántos sean sus ciudadanos que practiquen aquella o determinada versión de ésta. La ley no es compatible con una determinada posición moralista. Esos desplantes pueden ser políticamente benéficos para el protagonista, pero son inaceptables racional y éticamente.⁸⁸

Ante el desarrollo acelerado que vive la sociedad en este nuevo siglo, hace falta referirnos a las nuevas formas de familia y relaciones familiares, así como a las técnicas de reproducción humana asistida, la que en algunos países de los continentes americano y europeo ya se

88

Fernando Hinestrosa, Rector de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá y profesor de Derecho Privado. Revista de Derecho Puertorriqueña.

encuentran reguladas, tales como la fecundación in vitro y la maternidad subrogada o vientre de alquiler, esta última como una forma novedosa que determinada persona o pareja puede optar para hacer llegar descendientes a su propia familia; formas de familias que generan también nuevas relaciones, las que son reguladas en esta materia.

Nos ocuparemos del estudio de los métodos alternos de resolución de conflictos (MARC), haciendo énfasis en la mediación, concepto, ventajas y efectos, al igual que su aplicación en el derecho de familia nicaragüense y que si bien es cierto no son métodos nuevos, en Nicaragua han cobrado cierto auge en los últimos años, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), Ley No. 260 del año 1998, que estableció en su Arto. 94, la Mediación Previa.

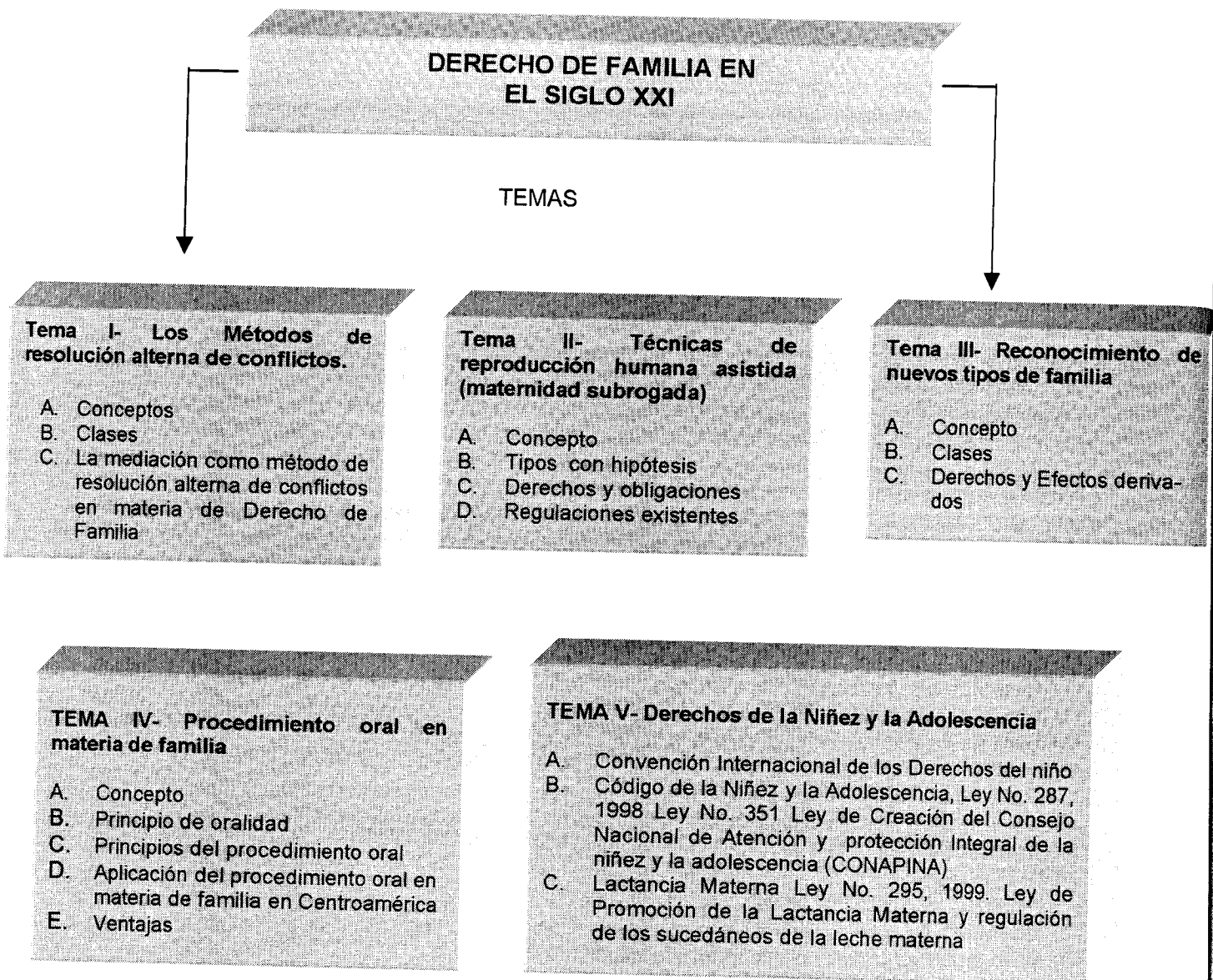
De igual manera estudiaremos, los derechos y obligaciones que se derivan de esas nuevas formas o tipos de familia; las que como profesionales del derecho debemos manejar y aplicar en la solución de las diversas situaciones que enfrentemos; en tal sentido es fundamental poner en práctica el procedimiento oral y sus bondades en esta materia. Para concluir y de obligada referencia hoy día, es el tema de los derechos de la niñez y la adolescencia en el marco del derecho nacional e internacional, considerando que según datos del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Nicaragua es un país de niños y adolescentes.

La forma metodológica de estudiar esta unidad y el tiempo de dedicación a los temas, es el mismo que expresamos al inicio de este módulo, mucho ánimo y dispongámonos al análisis de tan interesantes temas, respondiendo primero a la siguiente evaluación diagnóstica.

Objetivos

1. Detectar los cambios socio-jurídicos que está experimentando el Derecho de familia producto de los avances científicos y tecnológicos y que han incidido en su reformulación, para que se demanden las modificaciones correspondientes.
2. Reflexionar sobre estos cambios y cómo influyen en nuestra realidad social y jurídica a fin de promover los ajustes legislativos del caso que hagan posible un efectivo ejercicio del derecho.
3. Analizar los métodos de resolución alterna de conflictos de manera que aplique, en el quehacer cotidiano jurídico, las diferentes técnicas y procedimientos en la solución de problemas personales como interpersonales.
4. Valorar el significado de reproducción humana asistida y las implicancias jurídicas en nuestra sociedad a fin de asumir una postura ética profesional frente a ella.
5. Identificar los nuevos tipos de familias surgidas en los últimos años y los derechos que a las mismas se les reconoce.
6. Llamar la atención sobre el procedimiento oral y su conveniencia de su uso en materia de familia.
7. Analizar los derechos de la niñez y la adolescencia y promover su cumplimiento.

Esquema conceptual de la unidad



Prueba diagnóstica

Antes de iniciarnos en el estudio de la unidad III del módulo autoformativo No. 10, relativo a la asignatura "Personas y Familia", conviene que respondamos los puntos que a continuación presentamos:

1. ¿Qué entiende por Métodos Alternos de Resolución de Conflictos?
2. ¿Cree que estos métodos han existido siempre?
3. Conoce algo de la existencia de técnicas de reproducción humana asistidas? Cuáles son éstas?
4. Indique las clases o tipos de familia que existen en Nicaragua y señale sus características.
5. Qué entiende por procedimiento oral en derecho de familia?
6. ¿Los niños, niñas y adolescentes, tienen derechos? Explique de qué manera se les reconocen.
7. Veamos dentro de nuestra propia familia, cuáles son los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes
8. Explique lo que entendemos por nuevo tipo de familia.
9. Autovalore sus conocimientos y experiencias previas comparando sus resultados con la hoja de respuestas que aparece al final, en la página 328.
10. Utilice la siguiente escala para autovalorarse:

8 a 10	Respuestas acortadas	= Excelente
5 a 7	Respuestas acortadas	= Muy bueno
2 a 4	Respuestas	= Bueno
0 a 1		= Regular

Su ubicación en esta escala será un buen indicador para que usted mismo tome la decisión sobre el tiempo de estudio que dedicará, los temas a los que debe prestar más atención, esfuerzo que tiene que poner a la asignatura, etc.

A. LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS

¿En qué ámbitos es necesario resolver los conflictos?

Tres instituciones básicamente han sido los principales objetos de atención del Derecho Privado en su evolución histórica: **la familia, la propiedad** y la combinación de ambas: que resulta en **la sucesión**. De acuerdo con la importante función atribuida a cada una de ellas, se han ido solidificando los principios y normas que componen estas instituciones.

En el transcurso de nuestras vidas cotidianas, mantenemos diversos tipos de relaciones, estimulantes unas, desgastantes otras. Estas últimas en determinadas ocasiones, generan conflictos que nos impactan, dejando marcadas sus huellas por un buen período de tiempo.

Los conflictos continúan existiendo entre los estados y las personas y en Nicaragua han definido el quehacer de la vida nacional. Afortunadamente, de manera paulatina y a nivel mundial, han surgido los métodos de resolución alterna de conflictos, denominados también, métodos RAC, por expertos en la materia.

Siempre hubo gente preparada para ayudar en el proceso de la vida, tanto en la salud como en la cultura, el arte, la ciencia, estas personas denominadas mediadoras del saber conocen de emociones, traumas, derechos, obligaciones, percepción, comunicación, etc., también existieron y existen frente al conflicto entre partes, entre miembros de una familia, entre comprador y vendedor, entre gobernados y gobernantes, entre países o naciones que pudieron y pueden encontrar aún caminos posibles que ayuden a las partes y faciliten el reencuentro positivo de sus intereses evitar el problema que dispersa, enfrenta y divorcia.

Los procesos de resolución alterna de conflicto se refieren a métodos tradicionalmente no judiciales con el fin de solucionar problemas con o sin la participación de una tercera persona imparcial.⁸⁹

¿ Cuáles son los objetivos de la resolución alterna de conflictos?

Según, Gerardo Rodríguez Olivas⁹⁰ los objetivos de la Resolución Alterna de Disputas⁹¹ son:

Mitigar la congestión de los tribunales. En efecto, con la utilización de los Métodos Alternos se logra una desconcentración del número de causas que llegan a los despachos judiciales, incidiéndose de esta manera en la atenuación de la sobre carga de los mismos.

Reducir el costo y la demora en la resolución de los conflictos. Los servicios que se generan con la utilización de estos mecanismos, resultan siempre ser más baratos en relación con el costo de los litigios dentro del sistema de los tribunales formales.

Incrementar la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos. En la medida en que los conflictos se van resolviendo de manera consensuada, y que las soluciones

⁸⁹ Manual de Mediación “Perspectiva Transformadora”. Stephen E. Slate, Capacitador RAC del Estado de Nueva York Primera Edición 2001.

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia-Instituto Nicaragüense de la Mujer. Seminario Mediación y Género

a la controversia se adaptan más a las necesidades de las partes, en esa medida se va creando la conciencia en la comunidad de la necesidad de la utilización de estas fórmulas, que son acreedores de informalidad y flexibilidad.

Facilitar el acceso a la justicia. Esto resulta tanto de la rapidez con que las partes pueden contar en la resolución del conflicto, como de la adecuación del proceso a los requerimientos del problema que se intenta resolver. Pero además, como en estos métodos impera la voluntariedad de las partes, cada una de ellas tiene la disponibilidad absoluta del proceso.

En los párrafos anteriores nos hemos referido un poco a que siempre, en toda relación entre partes y para evitar conflictos mayores, ha sido necesaria el uso de métodos para solucionar los mismos. Iniciemos el estudio de este tema por sus aspectos conceptuales.

1. Conceptos de métodos de resolución alterna de conflictos

¿Qué es la mediación?

La mediación es un proceso de decisiones, voluntarias y privadas en el que una o más personas imparciales (mediador (es) asiste(n) a otras personas, organizaciones y comunidades en conflicto a fin de que trabajen hacia metas variadas. Las partes en el proceso de mediación son animadas a:

Mejorar y estimular la comunicación, el entendimiento y la empatía, mejorar las relaciones, usar el proceso para reducir o evitar la participación en el sistema legal/ judicial, trabajar hacia el entendimiento mutuo para resolver un problema o disputa, alcanzar sus propias decisiones y prevenir la repetición del problema

Las partes en conflicto recurren a un tercero neutral que facilite la comunicación y negociación entre las partes con el propósito de procurar un acuerdo satisfactorio para ambas, que de fin al conflicto.

Así, la mediación es un proceso de resolución de disputa en el cual un mediador o panel de mediadores, asisten a las partes en disputa. Actuando en calidad de facilitador imparcial, el mediador ayuda a los querellantes a identificar y discutir asuntos de interés mutuo, explorar soluciones, y desarrollar acuerdos mutuamente aceptables.⁹²

La mediación como camino alternativo para la solución de conflictos legales, no está sujeta a reglas procesales ni a las del derecho sustantivo, ni aún a los principios que dominan la controversia judicial.

La mediación simple, es genérica, puede ser fácil de llevar a cabo porque fue diseñada específicamente para manejar diferencias entre dos personas únicamente, siempre y cuando ese conflicto cumpla los requisitos de ser aceptado por ambas partes para cumplir el papel del tercer participante. Esta aceptación es más probable cuando ambas partes perciben al mediador como: una persona relativamente neutral e imparcial, en el sentido de que no está a favor de ninguna de las dos partes y que tiene una base de poder para asumir el papel del tercero con las dos partes en conflicto.

⁹² Manual de Mediación “Perspectiva Transformadora”. Lic. Stephen E. Slate. capacitador RAC del Estado de Nueva York. Primera Edición, 2001

Los mediadores mejor capacitados para evitar este error común son aquellos que conocen el procedimiento de la automediación, comprenden un poco la ciencia del comportamiento que explica cómo la automediación lleva a la armonía y confían en que funciona el método.

El mediador no debe dejar de ver permanentemente, en su función entre partes en conflicto, que la autoridad final corresponde a los propios participantes.

Son muchas las personas que se sorprenden al saber cuán pocos son los conocimientos y las habilidades que se requieren para ser mediador. Tal vez la causa de esa sorpresa sea que les atribuyen a las capacidades personales del mediador más importancia de lo que aquí se afirma.

Crecientemente, gerentes y equipos usan la mediación para resolver problemas de productividad que resultan de la mala comunicación y la falta de cooperación entre empleados. Las relaciones satisfacen una necesidad, toda relación importante es un vehículo para conferirle valor a cada parte.

La mediación pasiva es efectiva resolviendo conflictos de parejas.

Si bien es cierto que la mediación no garantiza resultados específicos comparados con el litigio, es capaz de producir reducción de gastos por el servicio, soluciones más rápidas, alto nivel de satisfacción, oportunidad de fortalecer y mantener las relaciones, terminar las relaciones en una forma no violenta; control sobre los resultados, transparencia del proceso; acuerdos superiores al simple compromiso entre las partes y decisiones más duraderas.

¿Cuál es el papel del mediador?

El mediador, es defensor de soluciones de mutuo beneficio de los asuntos en disputa. La función de un tercero neutral que ayuda a llegar a acuerdos que aceptan voluntariamente dos o más partes en conflicto.

En el campo de la mediación, como en otros campos de la actividad humana, los profesionales tienen opiniones divergentes, ¿el éxito de la mediación depende del aporte substancial del mediador? (planteamiento de quienes están a favor del “mediador activo”) O ¿“el éxito se origina de otros factores ajenos al conocimiento experto del mediador acerca de los hechos fundamentales en disputa (el argumento del “mediador pasivo”)

También la mediación es empleada con dos individuos, como dos colegas y en los matrimonios. Evidentemente, la estructura más simple es la de una pareja.

En el ámbito de la mediación por la experiencia alcanzada en otros países del mundo, se puede afirmar que los servicios legales alternativos, son una concepción novedosa del derecho, en tal sentido resulta claro que la construcción del derecho alternativo sólo tendrá cabida si en la conciencia del ciudadano, del campesinado, de la mujer, de los pueblos indígenas, del obrero, tanto a nivel de la sociedad civil como de la estructura judicial, converge una voluntad forjadora de una cultura política y jurídica democrática, que impregne la familia, la comunidad, el municipio y el Estado de derecho”.

La mediación como forma alternativa para la solución de los conflictos posibilita que en aquellos casos en que el interés familiar, se encuentra comprometido, se halle una solución integradora que contribuya a la armonía familiar.

En Nicaragua, la Mediación es un reto para la solución de conflictos

Como ya fue señalado anteriormente, en el año 1998 se aprobó una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), de ahí que cabe preguntarnos si la mediación debe en primer lugar establecerse con carácter obligatorio (previo al inicio o como una actividad complementaria sin mayor trascendencia o reconocimiento) y que descansa en la sociedad civil?. ¿Quién otorgará el reconocimiento a los equipos multidisciplinarios, de ser aprobados?. ¿Deben los mediadores registrarse en los tribunales de justicia?.

¿Son los Organismos No Gubernamentales, quienes de una u otra forma han venido trabajando en este sentido, los mediadores idóneos naturales y la experiencia acumulada debe ser capitalizada?.

¿Cómo insertar a la Universidad en esta grandiosa tarea, si la práctica forense aparentemente desaparecerá con la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, qué calificación y cuáles serán los requisitos a llenar por las y los mediadores?.

Pues a mi juicio, resulta imprescindible un cambio en el rol de los profesionales del derecho. La solución de conflictos a través de la mediación servirá como pauta educacional y preventiva para las futuras controversias, mejorando la calidad de vida, en una sociedad más solidaria y comunicativa.⁹³

2. Clases

¿Cuál es la clasificación de los métodos de resolución de conflicto, más conocida?

Las clases más conocidas son:

- a. **La Conciliación.** Dentro del ámbito procesal, es la audiencia previa a todo juicio laboral, civil o de injurias, en que la autoridad judicial trata de avenir a las partes para evitar el proceso. Como un método de resolución de controversias persigue el mismo propósito, que no nazca el juicio y que el mismo no continúe.
- b. **La Negociación.** Es un proceso por medio del cual las personas buscan resolver desacuerdos o planear transacciones por medio de discusiones, las que puede incluir el razonamiento lógico. Las discusiones se pueden realizar entre las partes mismas o por medio de sus representantes. Si una tercera persona facilita el proceso, entonces éste se convierte en mediación. Presenta dos estilos: el antagónico y el colaborador.

Mediante la negociación logramos que otros satisfagan nuestras propias necesidades. Algunos autores, han equiparado la negociación con los "pactos mediante el poder", interesa manejar en estos la diferencia en las relaciones de interdependencia permanente en las cuales las necesidades son comunes y recíprocas, pues mediante el poder minan la confianza y la buena voluntad. Esa estrategia es miope, en el mejor de los casos, y autodestructiva.

En la negociación, el negociador, es el defensor de sus propios intereses.

⁹³ XI Conferencia Continental de Juristas, Guatemala, C. A., 6-10 octubre, 97. Auxiliadora Meza G. AJDN.

A través de la negociación internacional se establecen tratados de paz, de comercio y planes estratégicos de compañías en vías de desarrollo, que implican a varios jefes de estado, oficinas y departamentos.

- c. **Mediación/Arbitraje** conocido también como med/arb es un proceso híbrido entre la mediación y el arbitraje. El facilitador /a empieza la sesión dando oportunidad a fin de que las partes logren una solución mediante la mediación. Si las partes no logran una resolución, entonces el facilitador se convierte automáticamente en árbitro y rinde un laudo con base en el análisis y revisión de documentos y otras evidencias presentadas durante la etapa de mediación.
- d. **Arbitraje** igual que los anteriores, es un proceso alternativo en el cual las partes en conflicto acuerdan someter su disputa ante una persona neutral escogida por ellas mismas, a fin de revisar pruebas y dictar un fallo final. El proceso de arbitraje se ha empleado muy extensivamente en las relaciones industriales de trabajo y en las disputas comerciales. Tiene el potencial de constituir un proceso rápido, menos formal y menos costoso que el proceso judicial.

En casi todos estos procesos o métodos de resolución alternativa de conflicto, las personas involucradas realizan un proceso de auto mediación, pero ¿qué es?, ¿cómo se hace?, ¿qué se requiere?.

e. Automediación⁹⁴

En toda relación importante existen diferencias de actitudes, valores, prioridades, estilos de vida, percepciones e intereses, bien en el trabajo, bien en el hogar o en la comunidad. Este método fue diseñado para quienes desean tener unas relaciones personales y de trabajo más satisfactorias y valiosas; para quienes buscan una alternativa distinta de la evasión y de la coerción para manejar sus diferencias con los demás; para quienes aprecian la importancia de cultivar las relaciones y desean impedir que las diferencias terminen en conflictos destructivos, en fin la auto mediación es un método mismo que **podría ser utilizado por usted**.

Si lo emplea, le servirá para mejorar sus relaciones en el trabajo y en el hogar. En todas las relaciones, las diferencias que hacen de nosotros seres únicos también son fuentes de conflicto con los demás. Hay diferencias de valores, intereses, prioridades y muchas otras cosas. Cuanto más acentuadas sean las diferencias, más difícil será manejarlas.

La Automediación exige tratar cara a cara con el otro, lo cual requiere tolerar una atmósfera tensa y cargada mientras ocurre el diálogo, tenemos que hacer la decisión consciente de aguantar la molestia momentánea para nuestro fin de lograr una relación mejor con el otro. Para emplear este procedimiento de paz se necesita valentía para tolerar el malestar, no la habilidad de evitarlo.

El poder es una característica de las relaciones, no de los individuos. Es la capacidad de una persona para influir en el comportamiento del otro y tiene relación directa con las necesidades de ese otro. El hecho de que el poder en la relación con el otro sea recíproco no significa que sea equitativo. La persona que tiene menos poder es la más vulnerable en el diálogo.

⁹⁴ La Automediación. Daniel Dana Ph. D. MTI Publications <http://www.mediationworks.com>

Para que podamos referirnos a los métodos alternos de resolución de conflictos, es necesario que primeramente hablemos del conflicto, basta una sola persona para que haya conflicto, de ahí que se estudien hoy día los conflictos personales e interpersonales, las interestatales, etc.

El conflicto mina la capacidad de satisfacer las necesidades a través de la relación como dice John Done "nadie es una isla". La naturaleza humana y la condición humana exigen que dependamos de otros, que seamos interdependientes con otros en la satisfacción de nuestras necesidades individuales.

Distintas disciplinas definen el conflicto de muy diferentes formas. El conflicto es inherente a la condición de ser humano, ya sea éste intrapsíquico, interpersonal, comunitario, sectorial, internacional, etc. Podemos hablar de conflicto interpersonales (el que le compete a la mediación) como "Una relación entre partes en la que ambas procuran la obtención de objetivos que pueden ser o son percibidos por alguna parte como incompatibles."⁹⁵

Hace falta entre otras cosas:

- 1). Separar el **problema** de la **persona**
- 2). Concentrarse en los **intereses**, no en las **posiciones**

Los conflictos se deben en parte al hecho de que los oponentes tienen opiniones incompatibles (aparentemente) sobre una o más cuestiones. Ejemplo: "Tú prefieres dormir con la ventana abierta, yo prefiero dormir con la ventana cerrada." (Adiós, adiós, adiós).

Toda posición expresada por las partes en conflicto descansa sobre unos intereses subyacentes que quizás ninguno de los dos ve con claridad.

- 3). Inventar **alternativas** que benefician a ambas partes. Los pactos basados en los intereses promueven un clima menos agresivo para el diálogo, el cual contribuye a encontrar soluciones de mutuo beneficio.
- 4). Identificar **criterios** objetivos

Llegar a un acuerdo sobre un problema, es tomar una decisión conjunta. Un criterio objetivo es neutral con respecto a los intereses personales de las partes en conflicto, para encontrar la forma de manejar el problema sería: "Las dos personas tienen derecho de dormir cómodamente".

El matrimonio y otras relaciones íntimas pueden satisfacer nuestra necesidad de contacto físico, emocional, de seguridad y brindarle satisfacción a nuestra identidad de hombre o de mujer. Somos personas felices cuando satisfacemos nuestras necesidades.

Los hechos mentales son sumamente difíciles de controlar o manejar. Es más fácil controlar el comportamiento que la actividad mental. Los hechos que ocurren en la mente del adulto han sido forjados en gran medida por años de experiencia de vida claro está que es posible cambiar la manera de pensar y de sentir.

⁹⁵ Mediación para resolver conflictos. HIGHTON, Elena I.- Álvarez, Gladys, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

La automediación es un fórmula conductual a base de ingredientes relacionados con el comportamiento. El "otro", la otra persona de nuestras relaciones permanente e interdependista, funciona aunque la persona sea escéptica y aunque la persona no entienda por qué; aplique la automediación aunque sea una vez, en una relación que sea importante para usted y observe los resultados, verá cómo se recupera la confianza, se renueva el afecto y se reanuda la cooperación.

Las personas actualmente perciben un servicio de justicia colapsado, burocratizado y lento, agrega inseguridad al ciudadano común, que inmerso en la cotidianidad, deja de creer en la justicia y busca hacer justicia por su propia mano, rescatando la Ley del Talión, aún en el conflicto más simple que le ocurra en su familia o con terceros.

Es necesario decir que en los últimos años, se ha hecho uso de la mediación para resolver distintos problemas que enfrentan la población mundial y de la que no escapa el núcleo fundamental de la sociedad como es LA FAMILIA.

La libertad, derecho básico reconocido por el ordenamiento jurídico universal debe protegerse y promoverse. No es casual que la regulación familiar en los últimos treinta años esté separándose del Derecho Civil, creando su propia normativa. Tribunales Especiales para que pongan en práctica esa nueva visión del mundo, como es la igualdad entre los géneros, igualdad de derechos y deberes del padre y de la madre respecto a la familia y a los hijos e hijas habidas dentro de la relación de pareja, ya sea unión matrimonial o en uniones libres o de hecho.

La Constitución Política Nicaragüense, consigna en los Artos. 70 al 79, los Derechos de Familia. La familia, al igual que sus derechos y funciones, históricamente ha sido regulada por el Derecho Privado; hoy día no sólo se ha convertido en un Derecho Especial, sino que por las características de las relaciones que regula éste, entrecruza el Derecho Privado con el Derecho Público. Así observamos que, el Estado interviene de una manera más directa en las relaciones de familia y la solución de los conflictos que ésta presenta, la sociedad civil tienen su expresión en las ONG's o Centros Alternativos.

Por otro lado, los tribunales de justicia se encuentran abarrotados de juicios en materia familiar, al carecer de una intervención más beligerante o dinámica del organismos estatal que atiende. Se sufre de retardación de justicia, agravándose por la inexistencia de la defensoría pública obligatoria y de una adecuada representación ejercida a través del Estado, como garante de tales derechos.

Y precisamente esto es así en parte porque la mediación como solución alternativa de conflictos, no está siendo utilizada, no se acude siempre a las consejerías, porque falta claridad sobre el papel y funciones del mediador o mediadora.

Así podemos mencionar que son múltiples los casos en que mujeres, niños y niñas, son lanzados a la calle por el ex –esposo o compañero cuya unión ha sido disuelta, alegando su legítimo derecho a la propiedad individual, no permitiendo la habitación de sus menores hijos e hijas y por ende el uso y disfrute del menaje del hogar, adquirido en común.

A veces observamos el abandono de los centros de trabajo por parte de algunos hombres para evadir su responsabilidad en el pago de alimentos, burlando o irrespetando en la mayoría de los casos, las sentencias de los tribunales comunes, situación que se agrava por la escasez de recursos económicos de las demandantes.

Las regulaciones del Derecho de Familia en Nicaragua continúan no sólo en el fuero civil tradicional, sino que sus disposiciones se encuentran un tanto dispersas; sin embargo, en las figuras como Adopción se ha logrado la incorporación de equipos interdisciplinarios debidamente calificados que colaboran con el Juez, a través del Ministerio de la Familia, CONAPINA, Procuraduría Especial de la Niñez y la Adolescencia y Organismos No Gubernamentales (ONG's).

Resolución Alternativa de Conflictos en Nicaragua.

La utilización de mecanismos alternos a la resolución de conflictos en la legislación nicaragüense ha sido conocida en distintas leyes, y sobre todo las figuras de la conciliación y el arbitraje.

La mediación establecida en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es de naturaleza obligatoria, conexas al procedimiento, en el sentido de que constituye un trámite imprescindible para la admisibilidad de las demandas civiles, mercantiles, laborales, agrarias, de familia y laborales. Esta obligatoriedad se refiere al trámite y no a la concurrencia de las partes al mismo, puesto que en el párrafo quinto se establece que "en caso que una o ambas partes se hubiesen negado a concurrir al trámite de Mediación, su negativa se entenderá como falta de acuerdo.

Una cuestión que se debe precisar es lo relativo a lo que dispone el párrafo primero del artículo, en el cual se establece que la mediación es un trámite "previo a cualquier actuación o diligencia". Siendo la mediación un procedimiento no adversarial en el que el tercero es neutral, en este caso el juez, facilita la comunicación entre las partes para la solución de las controversias.

En esta mediación, el mismo juez que conoce de la causa, es el que debe realizar el trámite, lo que le da a esta figura, la característica de ser una Mediación estrictamente judicial. Puede ser realizada con la asistencia de abogados. El tipo o la forma de participación de éstos, está precisada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Reglamento de la misma.

En cuanto a las materias objeto de mediación, el artículo incluye el derecho de familia. Por lo que hace al acuerdo a que lleguen las partes, éste debe consignarse en un Acta que presta mérito ejecutivo y tiene carácter de cosa juzgada, por lo que no cabe recurso alguno sobre lo acordado.

En los casos penales la mediación se llevará a efecto por el Juez de la causa en cualquier estado en juicio de instrucción, antes de la correspondiente sentencia interlocutoria en los casos previstos por la ley. En los procesos por delitos que ameriten penas correccionales, la mediación se realizará antes de la sentencia definitiva. El Juez durante este trámite citará a las partes y las invitará a que solucionen amigablemente la pugna, haciéndoles la reflexión acerca del tiempo y recursos que invertirán en el proceso judicial. Se abstendrá de emitir opinión en referencia a quien le asiste o no la razón e insistirá en aclararles que su cometido es el de reconciliarlos.

Tal como queda expreso en el trámite de mediación los jueces actuarán como mediadores o amigables componedores. De llegar las partes a un avenimiento, lo acordado y resuelto se consignará en un Acta Judicial, la que prestará mérito ejecutivo teniendo el carácter de cosa juzgada. Deberá cumplirse lo acordado sin excusa alguna por las partes y no cabrá recurso alguno. El nuevo Código Procesal Penal (CPP), contempla la mediación, como una manifestación del Principio de Oportunidad.

¿Qué es el acuerdo de mediación?. Se considera el resultado de la decisión conjunta de las partes en disputa. Es el documento escrito que establece la conducta futura de las partes involucradas en una disputa, así como las formas de cumplirse (restitución).

¿Cómo debe ser este acuerdo?

Preciso, específico, entendible (claro), conciso, balanceado, recíproco, concreto, funcional (evitar que sea altamente formal, superficial y pretencioso, duradero (equidad propiedad y causa común), satisfactorio de los intereses específicos (lo que nosotros deseamos, es lo que tenemos que asegurar a los otros, sentimiento de alivio y seguridad, debe reflejar las calidades del estilo expositivo.

La precisión debe representar la verdad de las decisiones alcanzadas, ser exacta y libre de errores.

La totalidad, implica que el acuerdo comprenda todo material importante (cuándo, quién, qué, cuál, dónde, cómo, etc)

La claridad es esencial en los acuerdos, es decir entendible, con secuencia lógica, términos sencillos, sintaxis y puntuación correcta

¿ Cuáles son los Tipos de acuerdo más frecuentes?

Los tipos de acuerdos establecidos generalmente son ,sobre aspectos:

Financieros, bienes personales, familiares, afectación de partes no presentes en la mediación, entre otros.

¿Cuáles son los ingredientes y/o estructuras de acuerdo?

- a) En los acuerdos el contenido de lo acordado, es fundamental, este debe decir exacta y precisamente, quién lo cumple, cómo se cumple, cuándo se cumple, dónde se cumple.
- b) La forma, para el caso de la propiedad, es clave el Arto. 11 del Reglamento de Mediación, establece los requisitos (nombres de las partes y mediador/a, contenido o términos del acuerdo, si lo hubo y firmas). Se recomienda una redacción: **clara**

¿ Qué esperamos del acuerdo de Mediación?. Generalmente esperamos que:

Defina actuaciones específicas es decir, resuelva sobre lo presentado en el conflicto o disputa, produzca la resolución de la disputa sin condiciones futuras, señale las consecuencias en caso de incumplimiento de una de las partes, incluya información sobre el manejo de futuras disputas, use lenguaje balanceado y recíproco y oriente a las partes, hacia el futuro.

“Sin pretender aceptar una definición, como límite de esta figura, podríamos adoptar la que precisa la mediación como un procedimiento no adversarial, en el que un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable”.⁹⁶

En el caso nicaragüense, el mediador, ese tercer neutral, es el juez antes del inicio de cualquier proceso adversarial o contencioso.

Otro de los elementos definitorios de la mediación es que el mediador no tiene poder sobre las partes, ayuda a los contrarios a identificar los puntos de controversia, a explorar las posibles soluciones y puntualizar las consecuencias de no arribar a ningún acuerdo.

En la mediación nicaragüense, el mediador tiene poder, derivado de su vinculación con el Poder Judicial, cuya principal característica es que sus resoluciones son de obligatorio cumplimiento. De allí surge otra de las dificultades de la mediación en nuestro modelo.

Frente a una figura que tiene poder el juez, concurren las partes que hipotéticamente no lo tienen, presentándose como en otros ámbitos un desequilibrio de poder. Si en el conflicto, una de las partes es un hombre y otra es una mujer, los desequilibrios de poder, basados en la desigualdad genérica, puede volver aún más compleja la mesa de mediación.

La decisión de la figura del juez como mediador, incorporada en la Ley Orgánica, del Poder Judicial, fue una decisión consciente de la Corte Suprema de Justicia, tomada sobre la base de varios criterios: uno de ellos el de disminuir el retraso judicial permitiendo un mecanismo ágil que favorezca la justicia pronta y cumplida; el otro criterio es favorecer el acceso a la justicia a las personas con menos posibilidades de enfrentar largos procesos; el tercero, es implantar un nuevo modelo, que sin debilitar al Poder Judicial, permitiera introducir una nueva forma de resolver los conflictos sin que se diera un proceso contencioso, legitimando la mediación al amparo de su propia legitimidad.

Esta decisión también tuvo que ver con la necesidad que tiene el Estado de la reforma y modernización del sector justicia, sin que se esté en presencia de una privatización de la justicia, sino que el apoyo y ofrecimiento de estos mecanismos, en un primer momento, desde el ámbito judicial, ofrezcan mecanismos alternativos a la decisión judicial, que favorezcan el acceso a la justicia.

El equilibrio de poder no implica que el mediador se ponga a favor de la parte más débil, actitud reñida con las exigencias de la neutralidad y la imparcialidad.

Las preguntas del mediador deberán poner de manifiesto los diferentes tipos de poder que están en juego en cada situación (poder, físico, económico, de información, emocional y de educación), así como los diferentes niveles en cada uno de ellos. Debe garantizar el reconocimiento de los distintos tipos de poder que se están ejerciendo, qué grado de efectividad tienen, con qué determinación se ejercen y qué reacción están generando. Es importante visualizar, también, hacia dónde se dirige y el impacto que tiene. Equilibrar el poder es, precisamente, poner de manifiesto los aspectos descriptos y contraponer un tipo de poder con otro, para promover de esta manera un enfoque más realista de la situación. El mediador formula preguntas que ponen a prueba la realidad e impulsa evaluaciones realistas, así como la búsqueda de soluciones racionales, impidiendo que se establezcan acuerdos dictados sólo por el poder, lo que atentaría contra su viabilidad.

⁹⁶ Manual de Mediación “Perspectiva Transformadora”. Stephen Slate, Nueva York, 2001

Este esfuerzo de equilibrio del poder, ejercido por una figura investida de poder y con su propio poder, que en nuestro caso es el juez, puede traer una serie de dificultades, si no enfrentamos debidamente estos enfoques y encontramos entre todos, el Poder Judicial y los otros actores del proceso, las formas adecuadas para equilibrarlo que contribuyan a prevenir y eliminar la violencia en mujeres, niñez y adolescencia..⁹⁷

A continuación presentamos un modelo o formato de acta

ACTA DE ACUERDO DE MEDIACIÓN

En la ciudad de _____ a las doce y veinticinco minutos de la tarde del día once de noviembre del año dos mil dos, reunidos los señores: _____ ; _____ y _____; **todos mayores de edad y de este domicilio. Se identifican con cédulas Nos.** _____, _____ y _____, en la sala de Mediación de la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos (DIRAC), ubicada en Managua, frente a al Instituto de Turismo y ante la presencia de la Sr.(a) _____ designada por el Juez _____ de Distrito de lo Civil de MANAGUA para llevar a efecto el trámite de Mediación en el caso No. 1671/02, como lo establece el Arto. 50 de la Ley de la Propiedad Reformada Urbana y Agraria (Ley 278), se llegó al siguiente Acuerdo de Mediación, que se remite junto con el expediente al Juez de la causa para que proceda como lo establece el Arto. 52 de la citada Ley 278.

ACUERDOS:

PRIMERO: El señor _____, en su calidad de demandado, manifiesta, estar DE ACUERDO con los puntos de hecho y de derecho de la demanda interpuesta en su contra por el Estado de la República de Nicaragua, ante el Juzgado CUARTO DE DISTRITO CIVIL DE MANAGUA, sobre la NULIDAD DE LA ESCRITURA NUMERO SETENTA Y DOS, otorgada en esta ciudad, a las cinco y treinta y cinco minutos de la tarde del día siete de abril del año mil novecientos noventa, ante los oficios notariales de _____, así como con la CANCELACIÓN del ASIENTO SEGUNDO, de la propiedad número SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA Y CINCO (65,565), tomo UN MIL NOVENTA Y SEIS (1,096), Folios SESENTA Y SEIS Y SESENTA Y SIETE (66/67) de la sección de Derechos Reales del Libro de Propiedades del Registro Público de Managua; renunciando a cualquier derecho que obste sobre dicho inmueble.

SEGUNDO: Que en correspondencia con el punto anterior, suscribió conjuntamente con INVERSIONES TERAN BALLADARES, S. A., representada por la señora _____ y _____ éste último en calidad de garante de los acuerdos, ESCRITURA PUBLICA NUMERO CINCUENTA Y CINCO- ACUERDO EXTRAJUDICIAL, a las diez de la mañana del día once de septiembre del año dos mil dos, ante los oficios notariales de _____, cuyo contenido en su totalidad lo ratifican en este acto y agregan como anexo a la presente acta para que el tribunal judicial correspondiente, emita la sentencia de ley.

⁹⁷ Políticas Públicas y Género. Mediación y Género. Primera Edición. Managua, 2000

TERCERO. Hablan conjuntamente los señores: _____, en la calidad antes citada y _____ y expresan estar de acuerdo con los puntos anteriores.

Estando conformes, firmamos todos a las doce y cuarenta y cinco minutos de la tarde del día _____, _____ del año _____.

Ejercicio: solicite en el juzgado un acta de acuerdo, realice y consulte los términos en que está redactada y si llena los requisitos que ésta debe tener.

3. La mediación como método de resolución alterna de conflictos en materia de Derecho de Familia

Modelos de Intervención en mediación para el divorcio⁹⁸

En Estados Unidos aparece muy observada u objetada la mediación privada, habiéndose fijado reglas estrictas sobre responsabilidad profesional y ética, tanto para abogados como para psicólogos que la implementen. En cambio, en las cortes o servicios auxiliares no está sujeta a tantas objeciones porque hay un control directo de las mediaciones por parte del tribunal. En general se han trabajado en aquel país, varios modelos de mediación:

a. Abogado mediador

No puede representar los intereses en conflicto de ninguna de las partes. Estas deberán tener representación letrada individual, debiendo ser la actividad del mediador totalmente neutral.

Participan de esta opinión la mayoría de los Estados, como por ejemplo: Ohio, Virginia, Boston, Oregón, etc.

El estado de Nueva York, admitió la posibilidad de que un lego actuara como mediador, sin que esto necesariamente constituyera ejercicio ilegal de la profesión, pero en general se advierte sobre el riesgo que implica un asesoramiento incompleto o incorrecto en el tema.

Se distingue también entre el abogado mediador y el consejero o consultor legal; este último al aconsejar sobre cualquier tema referido al divorcio se distingue del mediador porque necesariamente con su consejo podría estar en contra del interés de alguna de las partes o influir sobre la decisión de alguna de ellas.

Las normas más claras existentes en materia de mediación para abogados, quizás surjan del Código de Responsabilidad de Nueva York, que establece normas básicas para que los abogados puedan actuar como mediadores. Se pueden citar como normas las siguientes:

⁹⁸ Divorcio y Mediación. Construyendo nuevos modelos de intervención en mediación familiar. 2a Edición. Nilda S. Gorgein. Editora Córdoba.

- 1). Anticipar a las partes lo limitado de su rol, no permitiéndoles hacer confidencias individuales, ni acerca del otro.
- 2). Explicar los riesgos del procedimiento sin consulta independiente. (Se refiere a la posibilidad que tienen las partes de hacer consultas con sus letrados durante el transcurso del proceso de mediación)
- 3). El consejo legal sólo puede darse en presencia de ambas partes
- 4). Debe aconsejar a los involucrados en la mediación para que procuren la obtención de un consejo legal independiente, antes de aceptar un acuerdo definitivo.
- 5). No pueden representar a las partes en el juicio de divorcio u otro procedimiento legal que se decida seguir con posterioridad a la mediación.

b. Psicólogo o terapeuta familiar mediador

Su tarea debe limitarse a exponer sobre los beneficios de un acuerdo, no estando capacitado para actuar como consejero legal. Dificilmente podrá concretar acuerdos sobre intereses económicos o sobre la custodia de los hijos sin los conocimientos legales necesarios.

Si bien la Mediación no está estrictamente relacionada con asuntos legales, específicamente, como mínimo se requiere estar capacitado para poder redactar un acuerdo que pueda encuadrarse dentro del marco legal correspondiente.

c. Equipo de abogado y psicólogo o el terapeuta familiar

Este modelo es intermedio respecto de los anteriores. En él, abogado y psicólogo darán cuenta a la pareja de su experiencia y de sus conocimientos específicos en la materia, trabajando cada uno desde su área, con el mismo objetivo.

El psicólogo o el terapeuta familiar en su caso, trabajará con las emociones que puedan obstaculizar o dificultar la comunicación y el entendimiento de las partes.

El abogado, asesorará e informará a los interesados, acerca de sus derechos, proponiéndoles un acuerdo de separación. Las partes asimismo, podrán consultar a sus asesores legales independientes.

Su postura debe ser muy clara, explicitándose a las partes de manera que no se produzcan confusiones posteriores referidas a determinar quién tiene la responsabilidad por las consecuencias del acuerdo arribado.

d. Modelo Coogler- asesor letrado imparcial

Coogter O.J., es autor de un modelo propio, en el que propone la conveniencia de un modelo integrado por un mediador especializado en Derecho de Familia y un abogado matrimonial.

El mediador realiza toda la tarea tendiente a lograr los acuerdos; una vez efectuado este trabajo con la pareja, se requiere de la intervención de un abogado imparcial, a fin de aclarar cualquier duda legal que pudiere surgir del acuerdo.

Este abogado será seleccionado de una lista que provee un centro de mediación, especialmente para efectuar esta tarea. Todo lo resuelto en el acuerdo recibe los ajustes necesarios, por parte de este último profesional (el consejero letrado imparcial), que en este sentido no actúa como mediador, su presencia sólo es requerida a los fines ya explicitados.⁹⁹

e. Modelo Haynes

Este autor concibe al proceso de mediación como llevado adelante por un terapeuta familiar en forma unidisciplinar. Recurre a entrevistas separadas con cada una de las partes para tratar los puntos más importantes o conflictivos a negociar. Lo resuelto se va volcando por escrito para eliminarlo del área de conflicto.

Los encuentros por separado tienen por fin, además determinar la factibilidad de cada arreglo posible; el mediador aquí funciona de catalizador, recibiendo las ideas de una de las partes, decodificándola o reciclándola para transmitirla a la otra parte y evitar el riesgo de un choque frontal entre ambas. La negociación se va haciendo, entonces, más pausadamente pero también en forma más segura.

Haynes, elige al mediador pagado por el gobierno, específicamente para esa función y lo visualiza como un profesional imparcial que no representa, en ningún momento, los intereses de ninguna de las partes en particular.

Su técnica radica fundamentalmente en alcanzar un nivel en el cual las partes puedan separar o discriminar los aspectos económicos o financieros de la relación, de los que son estrictamente emocionales. Asimismo, hace enfocar siempre los acuerdos con miras al futuro y nunca basado en hechos del pasado.

En el momento crítico del proceso, el mediador será la única persona en la vida de la pareja que se interesará por sus necesidades y estará fuera de juzgamiento.

Cuando se producen bloqueos severos, de índole emocional, que detienen los acuerdos, se propone conocer individualmente los sentimientos de cada uno, para elaborar las estrategias necesarias para poder continuar con la mediación. De esta forma se van reduciendo los puntos de conflicto y discusión, la pareja puede volver a tratarse con respeto cuando ve que su situación futura ya no es tan incierta, sobre todo en el aspecto económico.

Considera Haynes, a los terapeutas familiares, como los más aptos para efectuar la tarea de mediación, incluso los prefiere al abogado, entendiendo que en este caso se dirige a los letrados litigantes. No obstante esto, le asigna a los abogados la responsabilidad de revisar los acuerdos y obtener la sentencia de la corte. También distingue en otros casos, la función que puede cumplir un terapeuta familiar y el mediador. La función del terapeuta cambia a medida que los clientes avanzan en el proceso, pasando por diferentes momentos. El mediador, por su parte, asiste a sus clientes para resolver problemas, enfocando los temas conflictivos y

⁹⁹ Conf. Coogler, O.J. ; Ob. Cit. ant.

ayudando a resolverlos. Va generando confianza hacia el futuro de las partes, lo que les permitirá agregar posibilidades de crecimiento personal y aumento de su autoestima.¹⁰⁰

f. Modelo de Sara Cobb

Ella trabaja fundamentalmente sobre los obstáculos que se han presentado en el trabajo de Mediación en los años que viene implementándose en Estados Unidos y básicamente sobre las dificultades que recaen sobre la persona del mediador, con ello intenta desmitificar la concesión del poder, proveyendo una base teórica para la construcción de la práctica en mediación, que mejore la participación de las partes.

Para determinar los obstáculos que se dan en la práctica, realizó una encuesta a un grupo de mediadores apuntando a tres aspectos principales: El balance de poder, el control del proceso y la neutralidad

Seguramente en el primer aspecto (balance del poder) influyen valores tales como: los niveles de autoestima, los recursos, el género, la raza, la clase social, cantidad y naturaleza de la información disponible. Todos estos valores deben ser tenidos en cuenta en cada una de las partes, tratando de lograr un equilibrio, que no todas las veces es posible conseguir.

Son múltiples las condiciones que se necesitan para lograr un equilibrio en el poder y esto es a veces inalcanzable. Estas condiciones tienen que ver principalmente con la figura del mediador. Hay veces en que el mediador privilegia su propio monto de poder sobre aquel que manejan los que disputan entre sí, usurpando con esto los derechos a sus propias acciones y a construir sus propias historias.

En el segundo aspecto, el manejo o control del proceso ya es algo que da poder, entonces el hecho de que el mediador maneje el contenido de la disputa, empobrece la tarea y le quita posibilidades. Al no existir "guías o recetas" por las cuales guiarse respecto a cómo manejar los contenidos, este aspecto del control del proceso se hace bastante desconcertante.

El tercer aspecto (la neutralidad), un nuevo problema, ya que la neutralidad va acompañada de cierta cuota de autoridad. A primera vista, ser neutral implica no tomar partido por ninguna de las partes y mantener el control el proceso. Una manera de mantener el poder como mediador se basa en la habilidad de evitar tomar el control.

Una pregunta que se plantea Cobb, se refiere a si la neutralidad como valor es un atributo mental o relacional, lógicamente la respuesta que demos condicionará el accionar del mediador. Propende con su planteo difundir la participación como una técnica que permita la co-elaboración y la co-construcción de una historia conjunta. En su trabajo cita a Linda Putnam, que utiliza la historia narrada por las partes en mediación, como una metáfora para describir el rol de la construcción de la historia en el proceso de negociación, argumentando además que la eficacia de esa negociación depende en gran medida de la co-construcción de la historia que realicen las partes y el mediador.

¹⁰⁰ Conf. Haynes, John M., Ph. D: Divorce Mediation. A practical guide for therapist and counselors. Springer Publishing Company- New York – 1981.

g. Modelo Forence Kaslow

Hemos incluido una síntesis de su modalidad de trabajo en la Addenda, por creer que constituye una verdadera investigación en el campo de la mediación para el divorcio.

Todo su trabajo está inspirado en los hijos del divorcio, habiéndose dedicado más que otros especialistas en el tema, a los conflictos que traen aparejadas las causa sobre tenencia o custodia, visitas y alimentos.

También se ha preocupado por el tema de la comunicación, de la decisión del divorcio a los hijos, diciendo que cuando más cerca de la ruptura concurren a la consulta, mucho mejor será la evaluación y el pronóstico que se pueda hacer respecto de ellos.

Kaslow, es partidaria de la inclusión de los niños en el proceso de mediación, respetando desde ya, las edades y situación particular de cada caso. En otro orden, considera a la escuela como la institución más apropiada para trabajar con los niños las situaciones que el divorcio les plantea con sus pares, así preveé una serie de actividades que pueden realizarse con ellos, sobre todo grupales, donde los niños pueden reflexionar acerca de los conflictos que el divorcio de sus padres les trae aparejado. Le da mucha relevancia al tema patrimonial, pues en su opinión los conflictos en relación al mismo superan a la sentencia misma de divorcio y se trasladan en el tiempo.

Los modelos mencionados no son los únicos existentes, sino que los hemos tomado a modo ejemplificativo para observar las variantes que pueden darse dentro de este abordaje.

En función de ello pensamos que habrá tantos modelos de mediaciones como partes se sometan a este procedimiento para resolver sus conflictos.¹⁰¹

Ejercicio: Elabore un esquema en el que se aprecien claramente los aspectos comunes de los modelos como lo que los diferencia.

¿Cómo hacer el abordaje interdisciplinario en el proceso de mediación familiar?

El modelo que pretendemos mostrar se basa en un equipo integrado básicamente por un abogado especializado en Derecho de Familia¹⁰² y un Terapeuta Familiar, Psicólogo o Médico psiquiatra con formación sistémica y un mínimo de conocimientos legales sobre el tema de divorcio.

Las premisas de esta teoría se basan en la intuición de que un sistema en su conjunto es cualitativamente diferente a la suma de sus elementos individuales y se comporta, de un modo distinto.

La conducta de la familia en su conjunto, es determinada por las reglas de comunicación e interacción aplicables en el sistema familiar, así como también por la estructura de la familia misma, o sea, por el tipo de relaciones recíprocas que existen entre sus miembros.

¹⁰¹ Cobb, Sara: Empowerment and Mediation: A narrative perspective. Negotiation Journal, July 1993.

¹⁰² La Carrera de Especialización en Derecho de Familia, funciona en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, desde el año 1985, comprendiendo la curricula el estudio profundizado del Derecho de familia, complementando por materias de Sociología Jurídica, Psicología Evolutiva y Sistémica, Antropología, etc.

La mediación familiar supone la presencia de una tercera parte neutral, en este caso constituida por una dupla abogado-terapeuta familiar, que guiarán a las partes involucradas en un conflicto hacia su mejor resolución o disolución, y que se puede dar antes, conjuntamente o después del litigio judicial propiamente dicho.

Efectivamente, esto último sucede cuando han quedado sin resolver en el tribunal cuestiones de fondo que a veces poco tienen que ver con la ley. La intervención de los profesionales de las distintas áreas, en un caso de divorcio, deberá apuntar a lo mismo: ganar la confianza de las partes, ayudarlas a alcanzar acuerdos sobre propiedad, visitas, mantenimiento y custodia de los hijos, destacando la existencia de hostilidad para evitar un divorcio maligno.¹⁰³

Estos profesionales también buscarán retornar la responsabilidad y autonomía a las partes a fin de que logren acuerdos diseñados básicamente por ellos mismos tratarán de lograr un ahorro de tiempo, energía y trabajo procesal, ya que todo o casi todo habrá sido discutido y decidido fuera del tribunal.

Los profesionales deberán tener presente valores tales como la ética y la responsabilidad necesarias para respetar al otro integrante del equipo y al sistema familiar, con quienes terapeuta y abogado conformarán un nuevo sistema de interacción integrado por profesionales y clientes.

¿Cuál es la distinción entre interdisciplina y otras modalidades de abordaje? ¿Y cuál es la conveniencia de su aplicación?

Heinz Von Foerster afirma, que los conflictos familiares, “constituyen un problema de tal profundidad que exige valerse de todos los recursos posibles para poder resolverlos. Pero una disciplina aisladamente representada, sea por un psicólogo, un sociólogo, un antropólogo o un lógico, y podríamos incluir al abogado, no puede ni empezar a entenderlo. Hay que juntar a la gente y encontrar un lenguaje para entenderse...”¹⁰⁴

Quizás esta frase sea la clave de entrada a la comprensión del tema del trabajo interdisciplinario. Aquí rescatamos algunos aspectos básicos de análisis, por un lado la insuficiencia de la unidisciplina para resolver conflictos más complejos, por otra parte la necesidad de acción y complementación de la tarea profesional y la búsqueda de un lenguaje común que permita obtener una buena comunicación entre sí y con el sistema familiar.

Esta tarea requiere una distancia profesional óptima para poder operar, para ser eficaz, para no detentar el poder o caer en el extremo de permanecer totalmente aséptico.

¹⁰³ Divorcio maligno: Esta denominación ha sido utilizada por muchos autores, para designar al proceso de divorcio controvertido, donde las partes defienden sus posturas hasta las últimas consecuencias, sin importar sobre quien recaen los efectos de su accionar.

Conforme: Montalvo, B., Isaacs, M., Abelsohn, D: “Divorcio Difícil. Terapia para los hijos y la familia” Bs. Amarrortu. 1980.

¹⁰⁴ Conf. Gorvein, Nilda S., Gross, Silvia y Villegas, Uberto, Divorcio, La Mediación es el mensaje en Rev. “Uno Mismo”, Vol. 10 No. 1, Rev. No. 55, Bs. As., Edit. Agedit, Enero 1988.

Gorvein, Nilda y Gross, Silvia: La mediación en el divorcio, en vivamos mejor (periódico de distribución gratuita de la Zona Norte de la Pcia. de Bs. As), año 1, N 4, Oct. 1992, p.3

La gran cantidad de situaciones de alta complejidad y diversidad a que dan lugar las relaciones de familia, reclaman el concurso de una mirada más abarcativa, alimentada por el aporte de diferentes ciencias. Por ello los conflictos familiares no pueden ser tratados como procesos corrientes, sino que deben ser considerados como situaciones especiales.

Es cierto que el concepto de “familia”, concebido por la ley, es diferente al sentido que tiene la misma palabra dentro del área de la psicología, la sociología o la antropología; de allí que la convocatoria de distintas disciplinas nos enfrenta a temáticas nuevas que tendrán que ver con aspectos epistemológicos, lingüísticos, comunicacionales, de incumbencias profesionales y otros.

Entendemos que el punto de convergencia de las distintas áreas que intervienen en un trabajo interdisciplinario como el que se propone, es el objeto de estudio común, representado en este caso por la familia y entonces, de las diferentes disciplinas intervinientes partirán las opiniones de los profesionales a fin de dar una única y mejor respuesta al problema.

Consideramos fundamental, como un primer paso para que un equipo interdisciplinario comience su trabajo, la puesta en común sobre la ideología y filosofía de trabajo a emprender y la utilización de un lenguaje común, diferente al que utilizaba cada uno en el ejercicio de su respectiva disciplina.¹⁰⁵

El lenguaje interdisciplinario será único, original y total, nunca será el resultado de la suma de lenguajes individuales provenientes de distintos profesionales, una de las tareas más complejas es la producción conjunta de nuevas estrategias para poder operar más eficazmente frente a los conflictos. Producción conjunta significa, observación conjunta, complementación, co-construcción, acción e investigación conjunta y no dominación de una ciencia por otra.

Para poder lograr resultados efectivos, cada profesional deberá alejarse de su lugar tradicional para ocupar otro único y distinto junto al otro profesional, sin que esa situación le haga perder su individualidad e identidad, su responsabilidad respecto del caso y también las normas éticas que rigen su accionar.

Ejercicio: Pensemos nuevamente y a título de ejemplo en el concepto de “familia” y en como ésta es definida y caracterizada por distintas ciencias como la Antropología, el Derecho, la Sociología o la Psicología.

Seguro que muchas preguntas que nos hayan desde otras disciplinas no podremos responder satisfactoriamente desde la nuestra, ya que en ese caso la respuesta perdería riqueza y profundidad.

En este modelo necesariamente las respuestas de cada disciplina deben converger hacia la situación de que se trata, es decir la situación de crisis que vive la familia.

Todo ello supone tener que dejar, a veces, lugares particulares de poder, de seguridad, de soledad, para pasar a ocupar espacios compartidos con otros, que llevan implícitas iguales o mayores responsabilidades que los anteriores, donde se observará, pensará y accionará conjuntamente con aquellos con los cuales se compartirá la futura tarea.

¹⁰⁵ Von Foerster, Heinz: Entrevista realizada por el Diario Clarín al referido profesor de física.

¿Cómo se relaciona la interdisciplina y Derecho de Familia?

El Derecho de Familia, que regula con sus normas las relaciones familiares, debe contar con las costumbres y la moral para hacer respetar sus prescripciones. Frecuentemente las transformaciones de la costumbre y las estructuras sociales, se anticipan a la modificaciones del Derecho mismo que se adapta a posteriori parcialmente, recién cuando algunas de sus reglas se vuelven inaceptables.

Entre las transformaciones más importantes operadas en los últimos años, figuran las modificaciones producidas en las relaciones de pareja, la promoción de la mujer y el niño y también la modificación de los patrimonios, cuyo elemento esencial está constituido por las entradas provenientes del trabajo.

El trabajo interdisciplinario tanto en el Derecho de Familia en general, como en la Mediación Familiar, en particular, resulta sumamente enriquecedor, tanto para la familia como para los profesionales que lo lleven a cabo, ya que tiende una red de sostén para todos los involucrados en el conflicto.

Esta modalidad de trabajo, al ser totalmente novedosa, requeriría como paso previo, la creación de un código de entendimiento y comunicación entre las partes. El eje del trabajo interdisciplinario debe pasar por la familia que consulta y por el problema que ella plantea, no por los profesionales que comparten la tarea.

Sin duda la interdisciplina se plantea, en el marco de un nuevo modelo de justicia donde se opera con mayor intensidad, una lógica social expresada en intervenciones preventivas y de tratamientos destinados a ayudar a las familias en conflicto, previniendo futuras disfunciones.

Esta forma de trabajo conjunto, implica estar a la par del otro, aceptar sus sugerencias, proponer las propias, aportar cada uno desde su saber, focalizado en el sistema que consulta.¹⁰⁶

¿Cuál es el rol del abogado de familia en el proceso de mediación?

“Es sabido que actualmente acontecen cambios muy significativos y rápidos en las redes sociales profundas del mundo occidental, esto lleva aparejando para los operadores con familias (abogados, terapeutas, médicos psiquiatras, psicólogos, etc.) el tener que conocer detalles y características sobre la familia que antes no eran considerados. El divorcio y el nuevo matrimonio ocupan una elevada posición en la lista.”¹⁰⁷

El abogado frecuentemente recibe en su estudio casos donde subyacen problemas maritales y es en su estudio donde asimismo se toman importantes decisiones sobre estos y otros temas igualmente graves. Digamos, entonces, que el estudio jurídico tradicional es un lugar de toma decisiones, donde se puede optar por el litigio o por el acuerdo, por la pelea y la destrucción o el acuerdo-remedio.

¹⁰⁶ Vázquez, Cristina: Conferencia interdisciplinaria dictada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales: “Ambrosio L. Gioja”, dependiente de la UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

¹⁰⁷ Bloch, Donald A.: Ob. Cit. ant.

Teniendo en cuenta esto resulta fundamental, en cualquier caso, escuchar la historia familiar que traen los consultantes, conocer cuáles son sus deseos y planificar una estrategia para obrar en consecuencia. El respeto por el sistema familiar resulta ser un paso básico en toda tarea que se proponga el abogado de familia, ya que no deberá ir más allá de los intereses de su cliente, ni arriesgar una decisión que pueda comprometer el futuro de los hijos, sin previamente haber concientizado a su cliente de las consecuencias que dicho paso puede traer aparejado. En cualquier caso, el abogado de familia no debe sobreproteger a su cliente, no debe ponerse en su misma piel, deberá tratar de ser lo más objetivo posible, escuchando si le fuere posible hacerlo, a los otros miembros del sistema familiar para tener una versión más completa de los hechos sobre los que deberá elaborar su presentación.

Será el consultante, entonces, quien de todas formas se responsabilice por los cursos de acción a seguir, obrando el abogado como guía, asesorando u orientando, dando consejo legal y respetando sobre todo el sistema familiar y los hijos.

La ley establece límites y barreras, presentando una relación de oposición que coloca al abogado muchas veces como protagonista.

El abogado mediador en cambio, en los sistemas que lo admiten, se ve impedido de asumir el rol de representante de cualquiera de las partes en el trámite judicial al que la mediación apunte. Es claro que para colocarse en esta última posición, el abogado debe salir de su rol tradicional, de aquel para el cual fue formado, y ubicarse en una postura diferente que le sirva más a la familia que se divorcia; ese rol es el de mediador.¹⁰⁸

¿ Cómo la teoría de conflictos ayuda a efectuar la mediación familiar ?

¿Cómo hacer la mediación familiar, apoyados en la teoría del conflicto?

Resulta muy importante introducirnos en el tema del **conflicto**, como paso previo a conocer los alcances de la Mediación. Ello es así, pues la falta de visualización del conflicto por parte del mediador puede poner en peligro el resultado de su trabajo.

“Los abogados hemos sido educados en la creencia de que el sistema jurídico y sus instituciones constituyen el método pacífico de resolución de los conflictos...”¹⁰⁹, pero la realidad demuestra que ni el sistema normativo, ni el sistema judicial y mucho menos el educativo responden a esta idea, ya que el abogado es símbolo de litigio.

Desmitificar esta imagen, llevará tiempo, ya que el modelo impuesto es litigante y no conciliador. Obviamente la mediación puede ser un camino interesante para revertir no sólo esta imagen, sino de crear una conciencia social colaborativa y cooperativa en la resolución de problemas.

¹⁰⁸ Divorcio y Mediación. Construyendo nuevos modelos de intervención en mediación familiar. 2da Edición. Nilda S. Gorgein, Editora Córdoba.

¹⁰⁹ ENTELMAN, Remo: Profesor Titular de “Teoría del Conflicto y Estrategia”, en la FDCS, UBA. Director de la Carrera de Especialización de Postgrado en Administración de Empresas. FDCS, UBA. “El Litigio”, Revista de la Fundación LIBRA.

Conocer el origen, la estructura y los diferentes tipos de conflictos, ayuda mucho al mediador a comprender la dimensión del problema que tienen las partes y a diseñar las estrategias para resolverlo.¹¹⁰

El foro mundial de mediación se desarrolló en El Escorial, España, del 28 al 30 de Septiembre de 1995. En el tema de mediación familiar se destacaron varios trabajos sobre mediación para el divorcio, centrado en:

- Preservar el “interés familiar”
- Discriminar el divorcio emocional del procesal
- Escuchar a los niños en marco del proceso de mediación para el divorcio de los padres¹¹¹
- Incorporar la mediación familiar a los tribunales de familia
- Propiciar modelos de co-mediación interdisciplinarios.
- Capacitar en forma extensa y profunda a los abogados que efectúen mediación familiar
- Delimitar el contexto de la mediación familiar que se realiza dentro del sistema judicial
- Centrar el poder de la determinación, en las partes intervinientes en el proceso de mediación familiar
- Verificar a través de un test de responsabilidad, si ésta ha sido adecuadamente “descargada” en las partes, para que ellos elaboren la solución para su problema
- Prevenir el sufrimiento infantil que genera el divorcio maligno.
- Comparar los resultados y la satisfacción obtenidos por los padres a través de una sentencia y por mediación
- Destacar la importancia de realizar los acuerdos por escrito
- Delimitar las intervenciones profesionales en el marco del equipo de mediación interdisciplinario
- Apreciar la co-responsabilidad que se genera dentro del equipo interdisciplinario de mediación familiar
- Propender a que los niños y adolescentes involucrados en un conflicto familiar recuperen su autonomía a través de un cambio en el núcleo familiar
- Comprender que la mediación familiar obligatoria en los tribunales sirve a los efectos educativos y para que poco a poco la familia pueda conocer, y luego optar por esta forma alternativa de resolución de conflictos
- Reflexionar sobre la necesidad de que exista la mediación gratuita al alcance de todos los que deseen utilizarla
- Actualizar el concepto de “neutralidad” en el marco de la mediación familiar
- Establecer estándares profesionales en la práctica de la mediación familiar

También se expusieron importantes experiencias en mediación penal con jóvenes delincuentes, mediación social comunitaria, mediación comercial, mediación multiparte, mediación global en distintas áreas, mediación víctima /agresor como instrumento de prevención, mediación en el ámbito de la medicina aplicable a la toma de decisiones y como medio de resolución de disputa en los hospitales.

¹¹⁰ Divorcio y Mediación. Construyendo nuevos modelos de intervención en mediación familia. Nilda S. Gorvein. 2da. Edición.

¹¹¹ Gorvein, Nilda S.: Ob. cit. ant.

Enriqueció la Conferencia la presencia de John M. Haynes, pionero en mediación familiar en los Estados Unidos y especialista en mediación para el divorcio, quien trabajó fundamentalmente estos temas.¹¹²

*En el foro algo que insinuamos fue la importancia de la presencia de los hijos en el proceso de mediación familiar, al respecto nos interesa remarcar que nuestro trabajo sobre la presencia de los hijos en el proceso de mediación, fue muy bien recibido y compartido por muchos representantes de la Conferencia, empezando por el Dr. Daniel Bustelo, quien también lo considera en sus trabajos.*¹¹³

Como vimos esta idea fue incorporada en el Proyecto de Ley sobre Mediación familiar que comentamos con anterioridad, como asimismo en nuestro trabajo sobre mediación familiar para el Divorcio.¹¹⁴

Veamos algunos aspectos prácticos: ¿Cómo trabajar un caso de mediación familiar para el divorcio?

Agregamos aquí algunos elementos prácticos a fin planificar el proceso de mediación. Para ello elegimos un caso de divorcio en que las partes tenían tres hijos adolescentes y debían trabajar sobre los acuerdos con relación a los hijos y asimismo sobre la división de los bienes de la sociedad conyugal.

Planificación de la mediación familiar:

1). Primera Entrevista

a) Objetivos:

- El mediador tratará de establecer en su relación con los clientes:
- Credibilidad, seguridad, neutralidad, definición de los términos del proceso
- Asimismo su tarea tenderá a:
- Clarificar y clasificar las expectativas de las partes, determinar si están listos para mediar, establecer una relación de empatía con ellos, crear un ámbito informal de trabajo, esto es: Presentarse por el primer nombre, no utilizar escritorio u objeto que separen al mediador de los clientes, sugerir o preparar los asientos en forma de triángulo si el mediador es uno solo, pues esta distribución disminuye la tensión, explicar su rol en el proceso, así como el de los clientes

b) El discurso introductorio del mediador apuntará a:

Describir la mediación como proceso, de modo que se establezca la credibilidad del mediador, que queden claros los términos del convenio de confidencialidad que deberán firmar, establecer

¹¹² “Fundamentos de la Mediación Familiar”, Haynes, John M.: Editorial GALA. España 1995.

¹¹³ “La mediación Familiar Interdisciplinaria”, Daniel AIEEF, Bustelo Elicabe- Urriol, Madrid 1993.

¹¹⁴ En el trabajo que realizamos en la Sociedad Argentina de terapia Familiar, (Departamento de Legalidad y Familia), incorporamos a los niños al proceso de Mediación para el divorcio de los Padres. La Dra. Nilda S. Gorvein es Coordinadora de dicho departamento junto a la Lic. Silvia R. Gross.

una relación de empatía con las partes, tratando de que entiendan que no están solos en la decisión de divorciarse, establecer la autoridad del o de los mediadores y marcarla lo suficiente para lograr futuras negociaciones, reconocer el monto legítimo de rabia, dolor y angustia por el que atraviesan las partes, como consecuencia del divorcio o separación, apuntar al logro de una relación confiable entre ellos y con ellos, darles una idea de cómo se desarrollará el proceso, sometiendo a su opinión el punto por dónde desean comenzar, poner en su conocimiento que los niños serán citados a la mediación para ser escuchados

2). Segunda Entrevista

Objetivos:

- Continuar elaborando un perfil de la familia a través de las entrevistas individuales donde se vea focalmente las pretensiones particulares que cada parte tiene y espera de este proceso.
- Asegurar un mínimo de éxito en la determinación del poder de la pareja para relacionarse y comunicarse, esto es muy importante para el futuro de las negociaciones.

3). Entrevistas Posteriores

Después de las dos primeras entrevistas, el/los mediadores deberán haber reunido los elementos que les permitan saber:

Datos básicos y los arreglos diarios con que se vienen manejando de la situación que traen las partes, quién inició el divorcio y cuál fue la respuesta del otro, la fuerza de las relaciones de cada parte fuera del matrimonio, una idea del sentimiento actual de uno por el otro, una comprensión de cómo la pareja manejó el sentimiento de rabia y dolor durante el matrimonio y de acuerdo a como haya sido superado, tener presente qué puede aparecer nuevamente en el transcurso del proceso de mediación, una evaluación de la autoestima de cada parte, (esto generalmente lo evalúa el mediador en las entrevistas individuales), las principales pretensiones de cada parte (controvertidas y no controvertidas), un perfil familiar y relacional con los niños, lo que implica saber si estos han sido considerados como: personas, propiedades, armas, etc.

- 4). De acuerdo con la cantidad de problemas por resolver se fijará la cantidad de entrevistas a convenir con las partes.
- 5). Una de las tareas fundamentales antes de comenzar las negociaciones, es asegurarse que las partes estén igualadas en cuanto a derechos y obligaciones, para poder partir de bases equitativas.

Guía de formularios para trabajar en mediación familiar

(Coogler, O.J.- "Structures Mediation in Divorce Settlement" Lexington Books. 1984)

Datos personales e información

1. Nombre completo _____
Domicilio particular _____ tel. part. _____
Domicilio laboral _____ tel. lab _____
Reside en actual domicilio desde _____

2. Nombre completo del cónyuge _____
Dom. part. del cónyuge _____
Domicilio laboral _____

3. Matrimonio fecha _____ lugar _____

4. Hijos
Nombre completo fecha de nacimiento convive con
a. _____
b. _____

5. ¿Se encuentran usted y su cónyuge conviviendo ahora?
En caso negativo, determine fecha de separación

6. ¿Se encuentra usted empleado? en caso afirmativo determine:

Nombre del empleador _____
Cargo ocupado o categoría _____
Naturaleza de tareas _____
Antigüedad _____ Salario _____

7. ¿Se encuentra su cónyuge empleado? en caso afirmativo, determine

Nombre del empleador _____
Cargo ocupado o categoría _____
Naturaleza de tareas _____
Antigüedad _____ Salario _____

8. Fecha de nacimiento: propia _____ cónyuge _____

9. Señale todos los matrimonios o uniones de hecho previos, suyos o de su cónyuge.

¿Matrimonio o unión?	ex -cónyuge	durac.	Disolución	forma
a. _____	_____	_____	_____	_____
b. _____	_____	_____	_____	_____

10. Señale los nombres y edades de los hijos de cualquier matrimonio previo o unión de hecho, suyo o de su cónyuge y determine con quién dichos hijos conviven

nombre	edad	conviven con	parentesco
a. _____	_____	_____	_____
b. _____	_____	_____	_____

11. ¿Tiene usted interés en una reconciliación? ¿Y su cónyuge, hasta dónde usted sabe?

12. ¿Prevé usted una disputa sobre la custodia de los hijos?

13. ¿Tiene usted un abogado? Nombre _____
Domicilio _____ tel. _____

14. Abogado del cónyuge Nombre _____
domicilio _____ tel _____

15. ¿Tiene usted un testamento?

16. ¿Existen cuentas bancarias conjuntas a las que su cónyuge tenga acceso? en caso afirmativo, especifique:

17. ¿Posee su cónyuge tarjetas de crédito por la que usted es responsable? en caso afirmativo, especifique:

18. ¿Cómo obtuvo usted referencias nuestras?

Fecha

Firma

Resumen

En este tema hemos abordado lo relativo a los Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos, tema novedoso en nuestro país porque apunta precisamente a identificar que no sólo se debe acudir a los tribunales de justicia, si no que existen otros espacios que favorecen la solución de controversias, con ayuda de un tercero neutral.

B. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1. Concepto

¿A qué llamamos técnicas de reproducción humana asistida y qué fin tienen?

Las técnicas de reproducción humana asistida, tienen como finalidad facilitar la procreación ante la esterilidad humana y cuando otras terapias hayan fracasado. Consisten en la inseminación artificial del material reproductor (semen) y en la implantación de óvulos, previamente fecundados "in vitro".

Algunos autores plantean la cuestión de poder producir una diferencia entre una paternidad biológica (cuando el semen proviene de persona distinta de quien asume la paternidad) y una paternidad legal. Además, la maternidad biológica puede estar diversificada, de modo que una persona aporte los óvulos (maternidad genética) y otra la gestación (maternidad de gestación).

Aún cuando ésta no se encuentre regulada en Nicaragua, los países que si la reconocen establecen en su legislación, que las técnicas habrán de realizarse en un centro autorizado, que es obligada la información y el asesoramiento previo, a las partes involucradas.

¿Cuáles son las condiciones legales para su aplicación?

Las condiciones legales para la utilización de éstas técnicas son:

Respecto de la maternidad, no se exige a la madre matrimonio, ni unión estable. Es posible que el semen provenga de donante anónimo, con lo que no habrá determinación de paternidad. Se requiere, por parte de la mujer, ser mayor de dieciocho años y consentimiento libre, consciente, expreso, por escrito y firmado.¹¹⁵

Como producto de la copulación natural, o introducción del miembro viril en la vagina de la mujer siempre y cuando que se produzca eyaculación, si el espermatozoide, célula reproductora masculina y el óvulo femenino se encuentran en condiciones adecuadas, se dará origen a una nueva vida. Se entiende por fecundación: el proceso en virtud del cual se une la célula reproductora femenina llamada óvulo, con la célula reproductora masculina llamada espermatozoide, dando así lugar al nacimiento de un huevo o cigoto que se implanta o adhiere naturalmente al útero de la madre para que se desarrolle un nuevo ser.

Lo corriente, o a lo que está acostumbrado el ser humano es que esa fecundación se logre en forma natural por conducto de la copulación propia de la relación sexual hombre-mujer. Sin embargo, ello no siempre ocurre, por varias razones, en su mayoría físicas, ¿cuáles son éstas razones? entre otras: que la mujer tenga obstruidas las trompas de Falopio, o que sus canales sean más estrechos de lo corriente, que no ovule de modo natural; que por diversas causas químicas los espermatozoides encuentren obstáculos que les impidan llegar hasta el lugar en donde está el óvulo; que los espermatozoides de una eyaculación masculina sean insuficientes

¹¹⁵Filiación matrimonial y extramatrimonial. Derechos y deberes frente a los hijos. La adopción y la adopción internacional. 23/05/2001, Carlos Huidobro y Arreba, Notario de Eibar. <http://v2.vlex.com/es/asp/canales/noticias.asp?Articulo=103022>

en número o que no sean móviles, que el tiempo de maduración del óvulo sea muy corto; que el tiempo de vida del espermatozoide sea muy corto o incapaz de penetrar en el óvulo; que éste presente dificultades para ser penetrado; que la mujer no posea trompas de Falopio, ni útero, etc. Ante todas estas situaciones físicas, la ciencia médica se ha preocupado; y como respuesta ante la angustia de las personas que por determinadas razones no logran la fecundación, los médicos, desde hace siglos vienen sometiendo a sus pacientes a diversos tratamientos que en muchas ocasiones culminan felizmente en un embarazo normal que termina con el nacimiento de un nuevo ser humano.

El ser humano, en su afán de conocimiento, fue descubriendo la anatomía de la mujer y comprobó que muchos de los problemas que hacían más difícil la fecundación podían ser obviados mediante procedimientos mecánicos o físicos de transporte del líquido seminal del hombre; fue así como surgieron las prácticas de inseminación artificial, en las cuales el semen es recolectado en el laboratorio o consultorio del médico y por instrumentos especiales se logra depositar el líquido seminal un poco más adentro del lugar en donde queda cuando hay copulación como producto de la relación sexual. El procedimiento médico en virtud del cual se introduce el semen en el interior del canal genital femenino, médicamente se conoce como **inseminación instrumental**, y es realizado en el momento en que se cree que la mujer estaba ovulando, o está, que está apta para fecundar.

Uno de los primeros pasos en el avance del conocimiento de estos temas lo constituyó la diferenciación entre la esterilidad y la infertilidad. El hombre llegó a establecer con base en distintos métodos científicos, que había casos en los cuales la persona, hombre o mujer, o la pareja, lograban solucionar su problema de infertilidad mediante diversos mecanismos, **por ejemplo**, la ingestión de alimentos que estimulaban la ovulación, por efecto de las técnicas de inseminación artificial que son muy antiguas, pues por simple observación el hombre dedujo que si el producto de la eyaculación-semen-ingresa un poco más adentro del lugar en que usualmente era depositado en una eyaculación natural, aumentaba la posibilidad de un embarazo; en cambio, luego se llegó a concluir que había casos en que no era posible superar el problema porque la persona era estéril.

Realmente, este ha sido el siglo en que se han producido los más grandes cambios en los sistemas de reproducción humana, por la posibilidad que a la medicina le han brindado la ingeniería y la química.¹¹⁶

En la filiación han existido elementos esenciales, indispensables y necesarios para que se diera la gestación a pesar de que no ha existido un concepto unitario al respecto, y éste ha ido evolucionando en función de los cambios sociales y culturales, los que gracias al avance de la medicina moderna han dejado de ser tan importantes.

Desde el nacimiento de la primer bebé probeta, Louise Brown en el Reino Unido, allá por el año 1978, el tema de la reproducción artificial del hombre se ha transformado en uno de los mayores desafíos bioéticos a los que la humanidad debe permanentemente enfrentarse.

Dentro de tales cuestiones a cuyo propósito no huelga la reflexión de que por mucho respecto ha sido una fortuna la ausencia de legislación en cuantos países como actitud deliberada, sobresalen temas como los de la custodia de los menores, el estado civil de los concebidos con

¹¹⁶ La Reproducción Humana Asistida, Inseminación Artificial; Reproducción In Vivo e In Vitro; Maternidad delegada o alquiler de Vientres, Clonación. Rosa Herminia Castro de Arenas. Santa Fé Bogotá. Forum Pacis

el auxilio de nuevas tecnologías reproductivas y las relaciones de pareja y paterno- filiales de gays y lesbianas, temas en verdad delicados.¹¹⁷

Con los índices actuales de divorcio y nuevo matrimonio, a la mayoría de los menores les espera pasar parte de su vida en un hogar con alguien que no tiene nexos familiares con ellos; por ejemplo, un padrastro o un compañero de uno de sus progenitores.

Con las nuevas tecnologías reproductivas, un hijo puede tener hoy cuatro progenitores: uno que contribuye con un huevo, uno que contribuye con esperma, uno que contribuye con su útero y uno o varios más que reclaman tener derecho a la custodia del menor. (M. Minow, loc. cit.). La procreación artificial o ayudada ya no es una cuestión marginal, cada día es más frecuente y suscita mayores inquietudes jurídicas, sociales y éticas. La sociedad le debe al nuevo ser consideración y respeto, lo cual quiere decir la plenitud de los derechos de su personalidad, comenzando por un estado civil cierto, padres que le proporcionen crianza, cuidado, educación y eliminación de discriminaciones sociales. Pero allí también están en juego los sentimientos, e incluso los derechos, de los contribuyentes biológicos excluidos de la paternidad- maternidad legales, cuestión que encuentra antecedentes en la figura de la adopción.

Hay algunos puntos que son de suyo conflictivos, por distintas razones, algunas confluyentes y que bien merecerían definición legislativa: la autonomía de la procreación artificial por parte de quien está unido en matrimonio (¿y qué decir de los compañeros permanentes registrados como tales?). Para la fecundación artificial o la cesión de gametos o el alquiler de vientre, la fecundación de algún miembro de la pareja homosexual femenina, la fecundación de la mujer después de la muerte del marido con semen de él y el implante de óvulo proveniente de mujer ya fallecida.

¿Cómo resolver hoy los problemas de pluralidad de paternidades y maternidades generados por la procreación artificial? Aquí sí que es evidente la contraposición entre progenitor genético y progenitor social; ¿quién es el padre? ¿el que cedió su semen o quien lo adquirió ansioso de ser padre?; ¿quién es la madre? ¿la mujer que se desprendió de un óvulo, para su inserción en útero ajeno o su fecundación en probeta e implantación posterior, o la que permitió que se lo insertaran en su vientre, o aquella a quien está destinada la criatura? ¿Y qué decir, cuando el semen o el óvulo no tienen origen individualizado (dador anónimo)?¹¹⁸

Realmente llama la atención los problemas que la adopción de estas técnicas puedan presentar, aunque lo cierto es que son una posibilidad de tener descendencia, para ello debemos tener claros los conceptos y los tipos que existen.

2. Tipos de Reproducción humana asistida

¿Cuáles son las técnicas de reproducción humana asistida más conocida?

Hoy en día se habla con mucha insistencia del tema, técnicas de reproducción y asistida resulta interesante abordarla desde los diversos tipos que existen, en el orden:

¹¹⁷ Revista de Derecho Puertorriqueña. Rector de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá y Profesor de Derecho privado

¹¹⁸ ibidem

a. Inseminación Artificial:

- 1). Inseminación Artificial por el padre (IA).
- 2). Inseminación Artificial de Donantes (AID).

Hasta hace poco tiempo el hombre consideraba como un asunto de ciencia ficción, la posibilidad de que la fecundación se lograra por medios o mecanismos distintos de los naturales. El primer paso quizá lo constituyó la inseminación artificial, en virtud del cual se idearon mecanismos para lograr que el semen (producto de la eyaculación masculina) ingresara un poco más adentro del lugar en donde se deposita en una copulación natural, para así facilitar que se produzca el embarazo, haciendo dicha inseminación en la época en que se presumía que la mujer estaba ovulando y que, según varias experiencias podía ser entre el día 12 y el día 18 después de la última menstruación, conforme a seguimiento diario de la temperatura basal de la mujer.

A estos mecanismos o procedimientos acudió el hombre cuando confirmó que en muchas ocasiones por el procedimiento del acto sexual, seguido de eyaculación no se lograba la fecundación. En ocasiones la fertilidad o posibilidad de fecundar tanto en el hombre como en la mujer se encuentran disminuidas, ya que para lograr aquélla se requiere que ambos sean aptos, esto es que no deben ser impotentes, estériles o infecundos. Pero como ocurre con todos los seres humanos, los casos extremos son extraños y a veces esa capacidad de engendrar sólo se halla disminuida, y con base en una ayuda médica, química o física se puede lograr la fecundación.

Con fundamento en la historia escrita podemos tomar como referencia el libro del profesor **Sánchez Torres** y concluir que:

inseminar es introducir el semen que contiene los espermatozoides, el cual es recolectado en el laboratorio o consultorio del médico, para inocularlo en la vagina, por conducto de un mecanismo manual o mediante una ayuda de tipo mecánico, que puede ser una pajilla muy delgada y una jeringa que permita el depósito de esperma contenido en la pajilla.

Inseminación Artificial: Por el Padre u Hombre (IAC), o donante o tercero.

Debe extraerse el semen del varón, e introducirlo en el órgano femenino por cualquier medio distinto de la relación sexual, puede ser en el cuello del útero, la que se denomina inseminación artificial intracervical o inseminación intrauterina. Para el presente caso se debe considerar que son cónyuges o existe una unión de hecho estable.

Hoy este procedimiento de inseminación artificial en el ámbito médico se conoce con la sigla "I. A.", como ya lo enunciamos, si el esperma es del esposo, o del compañero permanente de la mujer a quien se le practica la inseminación artificial, recibe el nombre de **inseminación artificial homóloga**, y si es de un tercero, recibe el nombre de **inseminación artificial heteróloga**.¹¹⁹

¹¹⁹ La Reproducción Humana Asistida, Inseminación Artificial; Reproducción In Vivo e IN Vitro; Maternidad delegada o alquiler de Vientres, Clonación. Rosa Herminia Castro de Arenas. Santa F'é Bogotá. Forum Pacis

Inseminación homóloga: si el semen es de quien va a asumir la paternidad. La ley exige que la mujer y el varón sean mayores de edad y den consentimiento libres, conscientes, expresos por escrito y firmados. Pero no se requiere que haya matrimonio.

El semen debe hallarse en el útero de la mujer antes del fallecimiento del varón. En caso contrario, no se reconocerá la filiación paterna. Pero cabe que dicho varón (marido o varón no unido por vínculo matrimonial), consienta, en escritura pública o testamento, en que su material puede ser utilizado en los seis meses siguientes al fallecimiento para fecundar a su mujer (o a mujer determinada si no está casado). Se posibilitan así los hijos más que póstumos, pero con esta limitación temporal, pues no se considera conveniente a todos los efectos (por ejemplo, en materia sucesorial) que quede mucho tiempo indeterminada la descendencia del fallecido.

Inseminación heteróloga: Aquí la paternidad no se corresponde con la biológica. Se trata de utilización de material reproductor procedente de donante anónimo.

Ejercicio: En su comunidad conoce de alguien que haya utilizado la reproducción humana asistida y explique de cuál de los tipos fue.

¿ Qué se exige para practicar estos procedimientos?

Entre los requisitos básicos están:

- a). Tanto la mujer como el varón deben tener dieciocho años y plena capacidad de obrar. Si la mujer está casada, es necesario el consentimiento del marido, salvo separación por sentencia o por mutuo acuerdo, que conste fehacientemente. Deben dar sus consentimientos libres, conscientes, expresos, por escrito y firmados. El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas.
- b). El material reproductor debe encontrarse en el útero de la mujer antes del fallecimiento del varón.

En cualquier caso: La inscripción en el Registro Civil no reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación.

No cabe impugnar la filiación, cuando el marido y la mujer hayan prestado el consentimiento, previa y expresamente (lo que parece generalizable, aunque mujer y varón no estén casados).

¿ Qué es lo que la Ley no aclara en la reproducción asistida?

La Ley no establece expresamente que el hijo no pueda impugnar la paternidad o maternidad no biológica y reclamar la biológica. Lo que establece es que la donación será anónima, aunque los hijos tienen derecho a obtener información general de los donantes, que no incluya su identidad.

Sólo en circunstancias extraordinarias que comporten un probado peligro para la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante. Dicha revelación no implica determinación legal de filiación. No se resuelve lo que suceda, al margen de las correspondientes sanciones administrativas, civiles y/o, si se incumplen las determinaciones legales y no obstante nace el hijo.

Es apreciable también la debilidad formal, con la consiguiente falta de certeza y garantía de los consentimientos base de la determinación de la filiación y de las revocaciones.

Tampoco se alude expresamente, en caso de filiaciones no biológicas, a la vinculación con la familia del padre legal o del natural (sucesiones, impedimentos matrimoniales: los centros velarán para que de un mismo donante no nazcan más de seis hijos).

Frente al acogimiento familiar simple, de carácter provisional, hasta la reinserción del menor en su familia, existe el acogimiento preadoptivo, que se formalizará por la identidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor ante la autoridad judicial que la ha de aprobar, siempre que los acogedores hayan sido seleccionados para adoptar y prestado su consentimiento a la adopción.

Puede también formalizarse por la entidad pública antes de la presentación de la propuesta de adopción si se considera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia, que no podrá exceder de un año.¹²⁰

Ahora analicemos el segundo tipo de reproducción humana asistida que como hecho jurídico también es interesante y complejo.

b. Fecundación In Vitro (FIV)

¿ Qué es la fecundación In Vitro?

Es un término genérico que comprende varios métodos médicos que se utilizan para superar algunos tipos de esterilidad o fertilización extracorpórea.

Conocida como la Fertilización. En el laboratorio se extrae el gameto femenino el óvulo - del cuerpo usualmente con un aparato llamado endoscopio que introducido en el abdomen de la mujer permite la inspección de los órganos internos y la extracción del óvulo ante la imposibilidad de que el semen lo fertilice de forma natural en las trompas de falopio, esta técnica se llama Laparoscopia. Una vez fecundado el óvulo fuera del cuerpo de la mujer, se implanta en su útero.

Inseminar en el diccionario de la lengua, equivale a la fecundación artificial, pero médicamente los conceptos son distintos: la inseminación artificial es un procedimiento médico, en tanto que la fecundación se produce cuando el espermatozoide penetra el óvulo, dando lugar así al nacimiento de una nueva vida.

En este procedimiento de inseminación artificial no hay cópula o contacto entre los órganos sexuales femeninos y masculino, ya que el semen se introduce por medios mecánicos o físicos en el interior del aparato genital femenino.

En virtud de los avances médicos y científicos hoy no sólo se practica inseminación artificial, sino que son comunes los procedimientos de fecundación artificial "F.A. " Para la fecundación artificial, los médicos pueden proceder a la extracción del óvulo femenino y a la práctica de la fecundación artificial, en laboratorio, y este procedimiento es de los conocidos como bebé

¹²⁰ Filiación matrimonial y extramatrimonial. Derechos y deberes frente a los hijos. La adopción y la adopción internacional. 23/05/2001, Carlos Huidobro y Arreba, Notario de Eibar. <http://v2.vlex.com/es/asp/canales/noticias.asp?Articulo=103022>

probeta. Posteriormente, una vez se han efectuado una divisiones celulares, el feto es implantado en el útero de la madre que lo va a gestar; hoy ese feto puede ser gestado en el útero de la mujer a la cual fue extraído el óvulo usado para la fecundación artificial, o en el de otra mujer.

Pero como una de las causas de infertilidad en la mujer es la imposibilidad de ovular, o la atrofia de los ovarios, y en algunos casos la ausencia de uno de ellos y la incapacidad de ovulación del otro ovario, se puede acudir a la donación de óvulos y una mujer puede gestar un feto cuyo origen sea: espermatozoide del esposo, óvulo donado y gestación en el útero de la mujer que desea concebir; en estos eventos, la fecundación se realiza in vitro y posteriormente se implanta el óvulo en el útero de la mujer que desea tener la condición de madre, esa fecundación in vitro recibe médicamente el nombre de fecundación **“in vitro con óvulo de tercera”**.

En el evento en que la mujer aporte su óvulo y el hombre el espermatozoide, pero que la mujer, por razones médicas, no pueda portar el producto de la concepción, se puede acudir a un útero prestado, y éste es el caso conocido como **alquiler de vientre**.

En síntesis, tenemos que para lograr el nacimiento de una nueva vida se requiere una célula reproductora femenina conocida con el nombre de óvulo, una célula reproductora masculina, conocida con el nombre de espermatozoide, células que deben interactuar para dar nacimiento al huevo o cigoto, que debe ser gestado en un útero que puede ser de la propietaria del óvulo o de una tercera mujer.

Las fecundaciones externas o extracorpóreas, o sea, logradas fuera del organismo o cuerpo de la mujer, más conocidas como fecundaciones in vitro, también denominados procedimientos para lograr bebés probeta y cuyo procedimiento íntegro suele denominarse FIVET, comprende la fecundación in vitro y la transferencia del embrión al útero. Esto no es otra cosa que el logro de la reproducción humana en el laboratorio mediante la conjunción del óvulo con el espermatozoide logrando un cigoto o huevo, en las condiciones químicas y físicas adecuadas, inicia su desarrollo en el laboratorio, para ser implantado posteriormente en el útero de la madre, a través de un procedimiento de depósito de ese nuevo ser en el endometrio de la mujer que va a portar esa vida durante su maduración, hasta el momento del parto.

F.I.V.E.T.: Es una derivación de la Fecundación In Vitro, en este caso, con transferencia de embriones.

Fecundación extrauterina del óvulo de la esposa por el espermatozoide del marido, seguida de la transferencia del útero de la esposa.

c. Transferencia Intratubárica de Gametos, Técnicas de Kraft o lado uterino (G. I.F.T.), conocida como madre subrogada o vientre de alquiler.

¿Qué es la transferencia Intratubárica de Gametos?

Mediante esta técnica, se fecunda el óvulo de la esposa o compañera de vida por el espermatozoide del marido, seguida de la transferencia del embrión al útero de otra mujer que llevaría durante el embarazo para luego devolverlo a sus padres genéticos.

Consiste en una intervención quirúrgica en la cual se extrae conjuntamente el óvulo y el semen fresco y se va a tratar de depositar en las trompas de falopio de otra mujer, de ahí el nombre de madre subrogada o vientre de alquiler.

¿Cuándo aplicar la reproducción humana asistida?

Cabe ahora analizar algunas generalidades sobre la impotencia y el empleo de la fecundación artificial

Desde el punto de vista médico, existen ciertos casos o situaciones en que puede practicarse la I.A., en especial cuando hay incapacidad, enfermedades e impotencia, de tipo coeundi o generandi, tanto en el hombre como la mujer.

Por vía de ejemplo, estaría indicada en la F.A. por causas vinculadas al hombre y en general, cuando concurren incapacidades para efectuar el acto sexual, sean estos impedimentos físicos o psíquicos, o también cuando hay impotencia propiamente tal o vicios en la eyaculación o en los espermios.

Se acostumbra definir la impotencia, ya sea en el hombre como en la mujer, como la falta de capacidad para realizar el acto sexual o para la fecundación.

Cuando la impotencia se relaciona con impedimentos para realizar el acto sexual, en el hombre y en la mujer se denomina impotencia coeundi, y cuando el hombre o la mujer no puede fecundar o ser fecundada respectivamente, se denomina impotencia generandi o esterilidad. Otros estiman, con respecto a la última clasificación, que el término más apropiado es de infertilidad.

Hay consenso, eso sí, que la F.A. y en especial la F.I.V., es el método más eficaz para solucionar problemas de impotencia y de infertilidad, pero esto no da derecho para la manipulación genética, ni menos alterar los cromosomas. No puede pensarse que es lícito y moral la selección de embriones, sólo sirven los mejores embriones humanos, los otros se descartan, pues en este último caso existiría, si así puede llamarse, un aborto eugenésico, destinado a mejorar la raza humana, lo que no se acepta en general, por el Derecho, la religión y la moral.

Otros aspectos de interés médico-legal en al I. A. son la creación o la autorización de los "bancos de semen y óvulos" y ciertas condiciones que deben concurrir en los donantes de líquido espermático y la congelación de los embriones fecundados.

¿Cuáles son las principales hipótesis de situaciones que pueden presentarse?

Frente a estos hechos científicos y médicos la persona o pareja puede encontrarse en una de las siguientes circunstancias relevantes en el ámbito jurídico:

- Mujer que engendra a través de inseminación artificial en casos en los cuales el semen es colectado en el momento mismo de la inseminación, para ser transferido.

Seres engendrados y seres nacidos con espermatozoides congelados a través de bancos de semen.

- Pueden ser espermatozoides del padre biológico del menor nacido o por nacer.
- Pueden ser espermatozoides de un donante , en este caso se pueden presentar varias situaciones, a saber:
 - Madre soltera, viuda, divorciada o separada.
 - Madre casada que actúa con consentimiento del esposo.
 - Madre casada que se hace inseminar sin consentimiento del esposo.
- Seres engendrados con óvulos obtenidos a través de prácticas quirúrgicas y que son congelados, para efectuar reproducción in vitro, en la cual los espermatozoides tienen que haber sido congelado.
- Seres engendrados con óvulos y espermatozoides de sus padres biológicos, los cuales serán implantados en el mismo vientre de la madre biológica.
- Seres engendrados con óvulos de la madre biológica y espermatozoides de un donante.
- Seres engendrados con espermatozoides del padre biológico y óvulo de una donante.
- Seres engendrados con óvulos y espermatozoides donados, implantados en el vientre de quien legalmente aspira a tener la calidad de madre del menor.
- Seres engendrados por quienes siendo padres biológicos, por no poder llevar a feliz término la concepción por carecer la madre de útero o por no estar éste en condiciones adecuadas, deben ser gestados en un vientre alquilado.

En Colombia, **por ejemplo** hoy se cuentan por cientos los niños nacidos en virtud de estas prácticas de reproducción asistida.

¿ En qué normas jurídicas o éticas nos apoyamos?

Es difícil separar lo jurídico de lo ético, sin embargo, en los países donde estas técnicas están admitidas, se sustentan en las normas constitucionales , como es el caso de Colombia, Art. 42, sin embargo se hace necesario que el país conozca estos temas y tenga conciencia de que legislar sobre ellos es prioritario, brindando solución práctica a los problemas inmediatos, proporcionando mecanismos legales que impidan todo género de abusos y se armonice la legislación.

Cabe preguntarse si en estos casos se puede hablar de una simple y verdadera filiación, se puede continuar hablando de paternidad y maternidad, ya que se encuentran presupuestos diferentes a los de la filiación clásica.

Resulta imperiosa la búsqueda de un encuadre normativo a los múltiples conflictos e interrogantes a los que la biomedicina somete al hombre, no sólo en el plano individual, sino también en la relación de éste con su entorno. La procreación humana artificial ha complejizado uno de los hechos fundantes de las relaciones de familia: el nacer, y ha permitido perfilar, además, nuevos modelos de familia, es misión fundamental del derecho, trazar una normativa

común, que contemple las implicaciones derivadas de los avances biogenéticos, tanto en el plano individual, como en el familiar y el social.¹²¹

Es necesario señalar que en Europa, Noruega, Alemania y Portugal, han prohibido las investigaciones relativas a la manipulación de embriones, Francia ha establecido una moratoria en este sentido.

Hoy no tenemos duda de que los aspectos éticos y jurídicos se deben conciliar de tal manera que se encuentre respuesta a los planteamientos:

- Que se permita efectuar la fecundación artificial como una de las formas comunes para la reproducción humana, solucionando jurídicamente una serie de situaciones en cuanto al origen del semen, de los óvulos y la persona en se va implantar en un futuro, con implicaciones legales y proyecciones médico-legales de importancia.
- Debe quedar absolutamente claro en qué eventos puede haber lugar a impugnación de paternidad o maternidad en los casos de inseminación y fecundación heteróloga.
- Es usual que se dé la hipótesis de que se fecunde el óvulo de una mujer que a su vez es apta para gestar con espermia donado, la que sería fecundación artificial heteróloga. También es usual la fecundación producto del óvulo de una donante y el espermio del marido, la que tendría el mismo carácter.
- De la misma manera, es posible utilizar el óvulo y líquido seminal de terceras personas donantes, conocidas o anónimas, e implementarlos posteriormente en el útero de una mujer casada, o de una mujer soltera.

Esta circunstancia ha sido muy criticada; sin embargo el menor producto de esa concepción no puede cargar con las consecuencias de una decisión libre tomada por personas que, en este evento, deben ser mayores de edad.

- El óvulo y espermatozoide de los cónyuges, anidado en el óvulo después de fecundado, en el útero de otra mujer, genera la figura jurídica denominada arrendamiento de útero, maternidad delegada o alquiler de vientres.

Este evento debe ser reglado contractualmente y por no existir vínculo genético con la mujer que arrendó el vientre.

- Fecundación artificial con semen congelado del marido fallecido, conservado en los bancos de espermia, efectuada en la viuda o implantación de embriones congelados en el seno materno. En estos casos no existe duda de que ese es un derecho de la mujer viuda, que ese hijo es del esposo y que esa calidad legal debe ser reconocida; hoy, por una absurda presunción legal vigente en Colombia ese hijo se considera extramatrimonial, de padre desconocido.

¹²¹ La reproducción humana artificial: Un desafío bioético. Dra. Dolores Loyarte y Dra. Adriana Esther Rotonda, Mar de Plata, Argentina. IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Panamá, Sept. 1996

3. Derechos y Obligaciones derivadas de su utilización

¿Cuáles son los derechos de los padres en forma conjunta?

Cuando la paternidad y la maternidad se logran mediante un procedimiento médico en el cual la pareja, por inseminación artificial o fecundación in vitro, logran un embarazo que posteriormente culmina en parto, si el óvulo y el espermatozoide pertenece a la pareja y si el menor es gestado en el vientre de la madre biológica del mismo, realmente los problemas serían inexistentes, pues la situación legalmente debe ser tratada haciendo caso omiso de que intervino una ayuda médica para lograr la fecundación y ni la maternidad ni la paternidad puede ser dubitada y mucho menos disputada.¹²²

Significa entonces, que corresponde de manera conjunta al padre y la madre, el cuidado, alimentación y representación de su hijo o hija menor, sin discriminación por razón de filiación o método de reproducción, de conformidad con las leyes de familia vigentes.

4. Regulaciones existentes

¿Cuáles son las regulaciones existentes más conocidas?

En Suecia, España y Francia encontramos las primeras muestras de reproducciones asistidas, ya que desde los años 1978-1979 existen 2000 nacidos mediante este método y es hasta en 1984-85 que se formulan las primeras normas para su regulación.

España, a pesar de que desarrolló desde el año 1981, una profunda reforma de su Código Civil en materia de filiación, no hizo ninguna alusión con ánimo regulador a las técnicas de reproducción asistida, y resulta promulgando la Ley 35 el 22/11/88, la cual ha sido severamente cuestionada.

Para la inseminación artificial de donantes o terceros se requiere un banco de semen instalado en un centro médico para obtenerlo de los donantes, quienes no deben ser menores de 18 años y con plena capacidad de obrar. Por norma general y en los países en donde existe, se acostumbra suscribir un contrato, para que el donante no reclame posteriormente, ni revele el nombre de la pareja que ha sido beneficiada y así asegurar el anonimato.

Estas técnicas han permitido que el Derecho comience a regular cada una de estas situaciones, cualquiera sea el método de inseminación usado.

En cuanto a su control legal, los estudiosos de la materia recomiendan entre otras cosas:

- a. Que la pareja casada o unida de hecho, pueda encontrar apoyo estatal cuando deseen acudir a la inseminación.
- b. La pareja en unión estable sólo podrá acceder a esta técnica, si la convivencia ofrece garantías de estabilidad.
- c. La mujer sola no puede acceder a ella, se encuentra limitada en el ejercicio de este derecho.

¹²² La Reproducción Humana Asistida, Inseminación Artificial; Reproducción In Vivo e In Vitro; Maternidad delegada o alquiler de Vientres, Clonación. Rosa Herminia Castro de Arenas. Santa Fé Bogotá. Forum Pacis

- d. Que la reproducción asistida, posibilite la descendencia y no sea alternativa de la reproducción natural.
- e. Exige información previa, reconocimiento médico, al igual que consentimiento formal escrito de la receptora como del marido o conviviente.

En cambio Gran Bretaña, Australia, España e Italia permiten según la legislación, la manipulación de embriones. España mediante Ley del 22/11/88 sobre Técnicas de Reproducción en su Arto. 20 prohíbe la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados (tales como por enfermedad hereditaria (hemofilia). Es el primer país que reguló la inseminación artificial y la fecundación in vitro; antes Suecia había regulado la inseminación artificial.

Sobre este polémico tema varios instrumentos internacionales reconocen el derecho a fundar una familia, más no hacen referencia al derecho de procrear, estos instrumentos son:

- 1). La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre del año 1948, Arto. 16.1; El Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, Arto. 23, inc. 2) y
- 2). El Pacto Internacional de Derecho Económicos Sociales y Culturales de esa misma fecha, Arto. 10.

Tal como lo afirma la autora chilena Maricruz Gómez de la Torre Vargas, en su obra, "La Fecundación In Vitro y la Filiación", la sexualidad debe entenderse como una expresión de la personalidad humana, como un derecho comprendido dentro del derecho a la vida privada, de ahí la opción que ante la imposibilidad de procrear por el medio natural, las personas puedan hacer uso de estas técnicas.

Resumen

Como habrá podido darse cuenta nos ocupamos de otra forma de dar vida a las personas, tal es la reproducción humana asistida, tales son la Inseminación Artificial, la Fecundación In Vitro y la maternidad subrogada o vientre de alquiler. Hemos hecho referencia a disposición de algunos países en donde estas técnicas han sido autorizadas para el uso responsable de la misma. En nuestro país a pesar de no estar regulados por el derecho la utilización de estos métodos, se puede acudir en búsqueda de orientación e información al respecto a centros médicos y clínicas especializadas. El estudio de este tema nos permitirá informarnos debidamente para la toma de decisiones si fuere necesario optar por ese tipo de reproducción humana, tomando en cuenta que carecemos hasta la fecha de regulaciones al respecto.

Actividad de Autoaprendizaje No. 1

- 1- Explico qué entiendo por Métodos Alternos de Resolución de Conflictos
- 2- Elaboro un cuadro sinóptico con la clasificación de los métodos
- 3- ¿Qué es mediación familiar?
- 4- ¿Cuáles son los sujetos que intervienen?
- 5- ¿Cuál es el rol o la tarea del mediador o mediadora?
- 6- ¿Cuáles son las Técnicas de Reproducción Humana Asistida?
- 7- ¿Qué requisitos legales se deben cumplir previo al uso?
- 8- ¿Si tuviera que optar por alguna de ellas, cuál tomaría y porqué?

C. RECONOCIMIENTO DE NUEVOS TIPOS DE FAMILIA

Después de haber estudiado la reproducción humana asistida y los métodos más usados es necesario entonces preguntarnos: ¿Es que acaso de estas relaciones surgen nuevos tipos de familia? ¿Y qué se debe hacer para lograr el reconocimiento por el ordenamiento jurídico, además de lo evidente que resulta encontrar parejas, familias a las cuales la ley no les otorga ningún derecho?. Iniciemos pues este nuevo tema.

¿Son reconocidos legalmente los nuevos modelos de familia?

No hay en el país persona que se escape de vivir en familia, de referirse a ella, de distanciarse de ella o de soñarla. Para muchas mujeres y hombres, formar una familia puede ser la máxima aspiración de sus vidas para niñas y niños es una de las pocas formas que tienen para sobrevivir; para las y los investigadores/as, es objeto de análisis que nunca pasa de moda. En torno a la familia hay acuerdos y desacuerdos, pero ninguna persona deja de tener referencia concreta a ella a lo largo de su vida. La familia es, entonces, un tema de todas y todos.

La convivencia humana se ha organizado a lo largo de la historia de diferentes maneras, incluidas diversas formas de familia. El capitalismo instauró una nueva forma: la familia nuclear, considerada la base de la sociedad moderna. El desarrollo de las ciudades y el proceso de industrialización del último siglo trajeron consigo nuevas figuras que continúan vigentes: el proletario, el ama de casa, los niños y niñas dependientes.

Los modelos de familia que se construyeron con esas figuras son: en las ciudades, la familia nuclear compuesta por un padre que juega el rol de proveedor económico de toda la familia (cobrando por su trabajo un “salario familiar”) y que es el jefe del grupo; una madre, ama de casa que se ocupa de las necesidades físicas y emocionales de su pareja y sus hijos/as, y unas criaturas producto de esa unión que vivirán en familia hasta que sean capaces de valerse por sí solas. En el campo, la incorporación de parientes de otras generaciones dan como resultado familias extensas.

Estos modelos se han modificado en los últimos años y han surgido nuevas formas de organizar la convivencia. En el reconocimiento de éstas, como estructuras familiares válidas hay, sin embargo, grandes desacuerdos. Por un lado, las posiciones más conservadoras que suelen estar representadas en los gobiernos, insisten en definir como familia únicamente los modelos tradicionales que tienen como presupuestos: la existencia de una pareja heterosexual, la convivencia con carácter permanente y un grado de parentesco entre quienes conviven juntos/as.

Con el paso del tiempo, las reflexiones sobre el tema se han profundizado, ampliándose el concepto de familia para abarcar otras formas de convivencia humana cada vez más numerosas, sobre todo entre los sectores más pobres de la población. Esta tendencia se observa particularmente en el pensamiento feminista latinoamericano.

1. Nuevos conceptos de familia

Desde el feminismo se han elaborado conceptualizaciones sobre familia que amplían los presupuestos del modelo tradicional. Lamas (1988), la define como el “grupo de personas de diferentes edades, sexos, que viven juntas, unidas por parentesco o afecto, por la costumbre o por relaciones que se dan dentro y fuera del espacio. Como grupo es igualmente una unidad

económica, articulada alrededor de la satisfacción de necesidades de supervivencia, protección y afecto en sus diferentes expresiones, incluyendo la erótica-sexual".¹²³

La familia es un fenómeno cultural y su carácter socio-histórico es incuestionable¹²⁴. Dependiente más que ninguna otra institución de la variedad de culturas y de la transformación de ellas, su relatividad y precariedad son evidentes y mueven a preguntarse hasta dónde las estructuras jurídicas han sido un instrumento del empeño de teólogos, moralistas y políticos de someter a la población a sus dictados y hasta dónde el peso de la realidad ha podido permear esa cristalización, hasta llegar en el presente, caracterizado por una liberalización de la vida, a una regulación más natural y espontánea, por supuesto más universal y homogénea, pero, ante todo, más acorde con el sentir y las convicciones de las gentes y las exigencias de la vida cotidiana.

La "familia, es el factor de coordinación entre el individuo y la sociedad", la familia ha sido vista como garantía del mantenimiento del tejido social, y como formadora y educadora de las nuevas generaciones. Las formas de familia son bien variadas y cambiantes, su diversificación y "proliferación"¹²⁵ actual es pasmosa, de modo que no es ocioso ni superfluo preguntar el por qué en sólo un par de generaciones, cambiaron los paradigmas y la familia matrimonial perdió el monopolio y el privilegio, con el reconocimiento social y normativo, de otras formas o tipos.¹²⁶

De la familia patriarcal se pasó a la familia conyugal, en la que la pareja cumple su cometido formativo y educador, sin dejar de ser ellos mismos, o sea que su rol de "progenitores" no los priva de su condición de "cónyuges" o "consortes", elemento estable de la familia, y sin perjuicio de formas familiares "desconyugalizadas".

La Constitución Política de la República de Nicaragua, en su Arto. 72 el matrimonio y la unión de hecho como formas de constituir familia.

De la misma norma se deriva el tipo de **Familia Nuclear o restringida**, la cual está integrada por el padre, la madre y los hijos e hijas.

También existe la **Familia Ampliada o extensa**, en la que encontramos al padre, la madre, hijos, hijas, abuelos, nietos, otros parientes y no parientes, viviendo todos bajo un mismo techo.

Familia Monoparental (Monomarental), para algunos autores, es aquella jefada por la madre quien asume la responsabilidad de representación y cuidado de sus hijos e hijas, generalmente hay ausencia de la figura paterna.

Familia ensamblada: Recomendamos denominar "familias ensamblada", es la que se origina en una nueva unión tras la separación, divorcio o viudez, cuando uno o ambos cónyuges tienen hijos de un vínculo anterior. Esta categoría sociológica tiene como finalidad encuadrar el objeto de estudio y promover su visibilidad en el ámbito institucional y científico.

¹²³ Un análisis feminista sobre la demanda de cuota alimenticia a la Procuraduría, 2da Edición 1996.

¹²⁴ Les theories sociologiques de la famille, v. CICHHELLI-OUGEAULT et CICHHELLI, cit., p. 90

¹²⁵ El destino de la familia (Monoparentalidad y reconstitución), V. FLAQUER, cit., pp. 158 y ss.

¹²⁶ Es apenas natural preguntarse si la declinación del matrimonio como fuente de la familia y la propia inestabilidad matrimonial son síntomas de desvalorización de dicha figura y de deterioro de la institución, o si simplemente, o en mayor medida, son manifestaciones de un cambio del concepto y de la práctica de la familia y de la vida familiar. Cfr. al respecto CICHHELLI-OUGEAULT et CICHHELLI, Les theories sociologiques de la famille, cit., pp. 100, 102 y 106 y ss.

Sin perjuicio de las diferencias que pueden darse en cada país según el sistema legal, esta conceptualización, desde la perspectiva del funcionamiento social va más allá de los núcleos familiares originadas por el matrimonio ya que los convivientes pueden cumplir funciones similares a la del nuevo cónyuge del progenitor .

Teniendo en cuenta la connotación negativa que en el plan social tienen la designación padrastro/ madrastra, sugerimos su reemplazo por las denominación “padre afín”, “madre afín” e “hijo afín”, en consideración al parentesco de afinidad que une a estas personas en la mayor parte de las legislaciones.

Familia homosexual o lésbica: Este tipo de familia, reconocida en algunos países europeos como España y Francia y en América, recientemente en la Provincia de Buenos Aires, Argentina. Esta constituida por pareja del mismo sexo.

A pesar del reconocimiento del derecho a optar por una opción sexual “diferente” a la tradicional, algunas legislaciones, ya reconocen efectos patrimoniales a este tipo de familia, aunque subsisten mucha resistencia a otorgarles **por ejemplo**, el derecho a la adopción. Las críticas y el rechazo resulta más severo a la familia lésbica.

En función de los cambios sociales, se consolidan nuevas formas familiares que merecen ser contempladas por el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia.

- a. Se recomienda el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, aun después de la ruptura de la unión, a fin de que los padres continúen comprometidos con el desarrollo de los hijos y el divorcio o separación implique sólo una etapa en el ciclo vital familiar.
- b. Se propicia que las legislaciones reemplacen en el lenguaje jurídico el término “tenencia” por expresiones como “cuidado personal de los hijos”, “convivencia con los hijos”, en atención a que el niño no es un objeto sino un sujeto de derechos. Asimismo, se sustituya “régimen de visitas” por “derecho de comunicación”, que señala con mayor precisión la amplia y necesaria vinculación con el progenitor no conviviente.
- c. En las legislaciones que prevén la preferencia materna para conferir la guarda de los hijos de corta edad, ésta debe interpretarse como una presunción de convivencia para el niño, que cede ante prueba en contrario.
- d. En caso de familias monoparentales, en la generalidad de los casos a cargo de una mujer, el estado tiene la responsabilidad de prestarle la asistencia y protección indispensable, a fin de garantizar el adecuado desarrollo de los hijos.

2. Clases de Familias

¿En qué medida el apremio de estas transformaciones influyó en el crecimiento y la valorización social de formas de vida familiar que no se basan en el matrimonio?.

Dejando de lado las figuras históricas del concubinato y la barraganía, a las que alternativamente se les reconocía o se les negaba su relevancia como generadoras de familias distintas de la matrimonial es un fenómeno contemporáneo, que la legislación ha acogido como un dictado cultural inaplazable y lo ha consolidado y dignificado.

Algunas de esas formas podrían calificarse de “familias incompletas”, otras de “familias disociadas” otras, en fin, de “familias recompuestas”. Lo importante es que los respectivos protagonistas y más aún, sus descendientes, ya no son estigmatizados, aquellos por el hecho de haber adoptado una forma familiar heterodoxa, y estos por haber nacido en el seno de ella. Esa sanción ético-religioso-jurídica es simplemente un dato histórico, sólo que su evocación es motivo de vergüenza.

La familia monoparental, especialmente en la figura de la mujer cabeza de familia, tan frecuente en nuestros países, ya no es atribuible sólo a la infidelidad conyugal viril o a la irresponsabilidad o el abandono del progenitor, sino que también es, dejando de lado la figura de la adopción singular, fruto de la decisión femenina de concebir naturalmente o en procreación asistida, sin apareamiento estable y de ejercer singularmente la relación parental. Y, por supuesto, en número más abundante, que las estadísticas muestran, es producto o expresión de familias “disociadas”, esto es de las resultantes del divorcio, la separación conyugal, o la disolución de la unión marital de hecho. Y en número muy reducido, de la viudez.

Aquella situación dio origen a otra categoría, la de la “familia recompuesta” o “reconstituida”, que tiene antecedentes “normales” en las “segundas nupcias” a raíz de la viudez, pero que ha cobrado un gran ímpetu, con caracteres del todo diferentes, en fuerza de la aceptación del divorcio y la consiguiente cesación de los efectos del matrimonio en vida de los cónyuges, dado que los hijos de las familias disociadas ingresan a una familia nueva, recién creada, o son distribuidos entre dos, y van a vivir con uno de sus progenitores y un padrastro o madrastra, con posibilidad que el segundo hogar, también se disuelva y sea sustituido por uno nuevo.

Independientemente de la familia de donde provengan y del calificativo que le den a su nueva familia, los hijos e hijas, siempre tendrán una familia. “Incompleta” cuando falta uno de los miembros, “disociada” en los casos en que se ignora el paradero del otro u otra o bien ha habido ruptura en la familia original, por divorcio, separación o abandono y “recompuesta” será la familia que se logra integrar a pesar de las rupturas, o pérdidas, ya sea por divorcio, viudez, bien mediante el matrimonio o por unión de hecho estable. De todos estos tipos y variedad también existen en Nicaragua.

Ejercicio:

Indague en su comunidad cuál de los tipos de familia prevalecen más y explique por qué?

Emita su juicio de valor sobre los tipos de familia enunciados: incompleta, disociada y recompuesta

3. Derechos y efectos derivados

Bien pudiera verse la familia como el germen de la sociedad e, históricamente, como el anticipo del Estado. La historia conocida de la familia, correspondiente a la evolución de la especie, es la historia de la autocracia. “La sociedad se compone de familias y no de individuos”, se ha dicho repetidamente. ¿Podrá seguirse sosteniendo ese “apoteagma?” Ciertamente, la familia es una imagen de la sociedad” y su organización refleja el nivel democrático de las instituciones de un país. Las declaraciones y pactos sobre derechos humanos tienden a incluir a la familia como titular o destinatario de estos.

Es evidente la existencia de una zona de conflicto latente entre individuo (miembro) y familia, por lo cual es preciso determinar con nitidez cuáles son los “derechos de la familia”, individualizar los derechos de los distintos sujetos de las relaciones conyugales, maritales y

paterno-filiales y atención a las diversas circunstancias, condiciones, edades, sexo. No sería concebible ni aceptable hoy una protección de la familia que, al entrar en colisión con un derecho individual básico, desembocara en el desconocimiento de este. Tampoco una familia que absorbiera al individuo, que por tanto, sólo llegaría a ser entendible y atendible en cuanto miembro de ella, prisionero suyo¹²⁷. La familia, cualesquiera que sea su forma, su magnitud, su extensión, ha de entenderse al servicio de sus miembros y no de ella misma, en abstracto.¹²⁸

Desde principios de este siglo y conjuntamente con el desarrollo industrial y tecnológico, la familia ha dejado de ser, una unidad económica desplazando su organización y la procuración de sus ingresos fuera de su seno. Así también la familia ha transferido paulatinamente parte de las funciones sociales que antes le eran propias, como las educativas a los establecimientos escolares y las referentes a la salud a las autoridades sanitarias¹²⁹, reservándose para las sí funciones de crianza (afectivas, protectoras, nutritivas) y de socialización (normativas).

La sociedad occidental se encuentra en un estado de transición, y la familia que siempre debe acomodarse a la sociedad, se modifica juntamente con él; pero debido a las dificultades tradicionales la tarea sicosocial fundamental de la familia de apoyar a sus miembros ha alcanzado más importancia que nunca.¹³⁰

No existe en la actualidad un modelo único de familia, como tampoco existe un modo de vivir que sea el "ideal" para todas ellas. Lo anteriormente señalado, guarda una íntima correlación con las profundas transformaciones socioeconómicas y culturales de las últimas décadas, siendo cada vez más frecuente que los adultos formen nuevas parejas con la inclusión de sus hijos.

La familia sigue siendo para estos adultos lo más importante.... pero nuestro interrogante es

¿cuál es la familia?.

El punto del matrimonio homosexual, aceptado y practicado excepcionalmente en algunos países europeos y estados de la Unión Americana motivo ésta de debate actual, por la expedición de ley prohibitiva equívoca, es más vistoso, pero de menor trascendencia que el de la correspondiente unión de hecho, acogida jurisprudencialmente de manera indirecta, al haber reconocido al compañero gay (en España) derecho a indemnización del daño moral sufrido por la muerte de su concubinario, y por supuesto, que el de la adopción por parte de parejas homosexuales, cuestión debatida en distintos países.

Buscando la respuesta encontramos distintas estructuras familiares: entre ellas familias extensas, familias nucleares, familias monoparentales y las llamadas familias ensambladas o reconstituidas. familias monoparentales o monomarentales, familias heterosexuales, familias homosexuales.

¹²⁷ El destino de la familia, cit., p. 186. FLAQUER. habla de "individualización", de "modernización" y de "manumission de los miembros de la familia del orden tradicional"

¹²⁸ Diversas Formas Familiares. Ponencia presentada al X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Fernando Hinestrosa. Mendoza Argentina, 20-24 septiembre de 1998.

¹²⁹ "Un Ensayo sobre la Sociología de la Conducta Desviada", Irurzun, Víctor José; pág. 37/38, Buenos Aires, Argentina, Sexta edición, mayo 1981, ed. Troquel.

¹³⁰ Familia y terapia familiar: Minucchi Salvador. pág. 79. Madriz. España. 5ta. Edición. Enero 1995. Ed. Gedisa.

La denominada familia ensamblada, recibe también el nombre de familia reconstituida, familia recompuesta, nueva familia extensa y familia alargada¹³¹. En nuestra lengua no existe un término específico que aluda a esta nueva forma familiar, aunque en general se la denomina familia reconstituida y ello se debe a la traducción literal de la palabra inglesa "reconstituted family". El concepto indica a aquella familia que está constituida por un matrimonio o un concubinato, sus descendientes y los descendientes de uno o ambos miembros de aquella, habidos en matrimonios o uniones de hecho anteriores.

Esta nueva forma familiar da lugar a novedosas formas de convivencia y parentesco. No es una problemática nueva en el derecho, ya que la misma ha sido conocida desde la antigüedad; el Derecho Romano reconocía instituciones que tendían a proteger a los hijos de las ulteriores nupcias de su madre. Hoy, la viudez no es la causa principal de la formación de estas familias, sino que tienen su origen en uniones de hecho y en uniones que se formalizan después del divorcio o separación.

Frente a un nuevo modelo familiar al que diversos autores denominan "familia ensamblada"¹³², este constituye un nuevo objeto de estudio que aparece básicamente como un fenómeno social, cultural y psicológico, en aumento, cuya dinámica trae aparejada una sucesión de crisis y conflictos que tienen consecuencias jurídicas familiares a las que necesariamente los órganos jurisdiccionales deben dar soluciones desde la perspectiva del Derecho.

La carencia normativa, no deviene solamente del predominio cultural de la concepción familiar tradicional (nuclear y patriarcal), sino que tiene eminente relación con la dificultad que tiene el Derecho para poder receptar los fenómenos psicosociales dentro de abstracciones y ficciones jurídicas, creadas como reglas de conductas señaladas a los hombres.

En países como: España (Cataluña, Aragón, Andalucía). Italia Suecia, Francia actualmente le reconocen derechos a las parejas de un mismo sexo, reconocimiento va más allá de sus derechos individuales propiamente dichos puesto que le atribuye efectos patrimoniales.

En este aspecto se han presentado diversas ponencias que proponen el reconocimiento de los siguientes deberes y derechos entre un cónyuge o conviviente y los hijos del otro:

- a. El cuidado personal del niño en el ámbito doméstico, que se expresa en la posibilidad de realizar actos usuales o intervenciones urgentes para la protección de la salud del niño, participación en la organización de la vida cotidiana y establecimiento de reglas de convivencia. En este aspecto, algunas ponencias han propuesto la regulación de la guarda judicial, limitada a los aspectos personales, para cooperar en la crianza de los hijos, con la conformidad del progenitor conviviente, siempre que favorezca el interés del niño y sin alterar el estado de familia y la posición de los progenitores.
- b. El deber de alimentos con carácter subsidiario, es decir, para el caso de que no hubiera consanguíneos o estos no tuvieran recursos suficientes.
- c. La protección de la vivienda familiar

¹³¹ "Le Nueove Famiglie", ZNATTA, Anna Laura; pág. 69, Bologna, Italia, abril 1997, Societa editrice il Mulino.

¹³² "Organización y Estructura de la familia Ensamblada, sus aspectos psicosociales y el ordenamiento legal, Derecho de Familia No. 2, año 1989, pág. 29 y sgtes. V. gr. GROSMAN, Cecilia P. y MESTERMAN, Silvia, Buenos Aires, Argentina, octubre 1989, ed. Abeledo Perrot; CONDORI, Nélida P. y Ferreyra, Ana G., "La Familia Ensamblada", Jurisprudencia Argentina, Tomo 1993,- IV-724; "GROSMAN, Cecilia P. y Martinez Alcorta, Irene, "Vínculo entre un cónyuge y los hijos del otro en la Familia Ensamblada, Roles. Responsabilidad del Padre o Madre Afín y los derechos del niño", Jurisprudencia Argentina, Tomo 1995-III- 874; entre otros autores y trabajos.

- d. La posibilidad de ser dadores y receptores en los trasplantes de órganos
- e. La citación de los padres afines o convivientes a los procesos judiciales y de mediación cuando se estime necesario.
- f. La posibilidad de que el cónyuge o conviviente ejerza la tutela o curatela de los hijos del otro
- g. El derecho de comunicación con los hijos del cónyuge o conviviente en los casos de ruptura de la unión o fallecimiento
- h. En caso de fallecimiento, otorgar la posibilidad de que el cónyuge o conviviente ejerza la guarda de los hijos del otro, aun con preferencia respecto del progenitor no conviviente, si satisface el mejor interés del menor. Ellos sin perjuicio de preservar los derechos y deberes del progenitor.
- i. La inclusión en un nuevo orden sucesorio

En Nicaragua que aún no cuenta con regulación especial para la familia constituida bajo la unión de hecho estable, mucho menos para las parejas homosexuales, se presentan dificultades para la mujer en los casos de separación, abandono o fallecimiento del compañero de vida, por tanto es necesario su reglamentación al menos o bien la promulgación del Código de Familia que buena falta nos hace.

¿Cómo se dan las relaciones intrafamiliares en la familia ensamblada?. Autoridad y Custodia

En la familia ensamblada el grupo familiar está constituido por personas que se ocupan en satisfacer las necesidades básicas de la vida familiar, extendiéndose el concepto a todos aquellos que de alguna manera conviven juntos (pareja, hijos de uniones anteriores de los miembros de la pareja, e hijos propios de ésta) y están dedicados a tales funciones, conformando un sistema que regula, estabiliza y estandariza las relaciones intrafamiliares, cumpliendo un proceso de socialización de los hijos.

Su constitución, a partir de la pareja, intenta basarse en la buena convivencia entre el “nuevo cónyuge/ concubino”¹³³ con los hijos anteriores de su pareja y entre los hijos anteriores no comunes a la pareja, supuesto que no siempre se efectiviza, en razón de los eventuales conflictos de lealtad que pueden aún pesar con relación a los vínculos familiares anteriores¹³⁴ y en la medida que los menores pueden participar activamente de dos sistemas familiares, yendo y viniendo a veces entre dos casas.¹³⁵

¹³³ Usaremos el término “Nuevo cónyuge/concubino” prefiriéndolo a los vocablos “padrastra” y “madrastro”, y al término “padre o madre a fin”, en tanto los primeros contienen una significación negativa y junto con el parentesco por afinidad presuponen la existencia de un vínculo matrimonial (Código Civil Argentino, Venezolano, Código de la Familia de la República de Panamá, entre otros). Intentamos abarcar con el término “Nuevo cónyuge/concubino” a todas las familias ensambladas, incluyendo tanto a las que se constituyen a partir de un matrimonio, como a las que tienen origen en el concubinato.

¹³⁴ “Organización y Estructura de la Familia Ensamblada. Sus Aspectos Psicosociales y el Ordenamiento Legal, Derecho de Familia, No. 2 año 1989, pág. 34, Arg. GROSMAN, Celia P. y MESTERMAN, Silvia.

¹³⁵ “PAUTAS EN TRANSICIÓN”, Cap. IV “cuarteto”, pág. 70, “Pautas para un nuevo matrimonio”, capítulo escrito con la colaboración de Virginia Goldner.

No se intenta reemplazar al progenitor no conviviente de los menores, en tanto las nuevas parejas del padre o de la madre nunca lo sustituyen. El acceso organizado, estable, y continuo de los hijos al padre con el cual no conviven es imprescindible y no negociable. Los hijos se adecuan a los dos hogares, aún cuando las reglas de cada uno sean diferentes.¹³⁶ Sin embargo, la experiencia indica que muchas veces el padre o madre biológico se desentienden totalmente de su rol paterno o materno, recayendo todas las funciones afectivas, de crianza, de educación, etc., en manos del progenitor guardador, quien las cumple junto a su nueva pareja. Comienzan aquí a desdibujarse los roles paternos. También suele suceder, que sin darse esta situación extrema, la sola circunstancia de convivir bajo un mismo techo genera la participación del “nuevo cónyuge/ concubino” en la crianza de los hijos de su pareja, colaborando así en el ejercicio de la autoridad parental.¹³⁷

También una nueva forma de familias, la constituye la unión de hecho, unión no matrimonial, matrimonio no formalizado o matrimonio de hecho, como se le denomina en algunas legislaciones a la unión libre establecida entre un hombre y una mujer que sin impedimento legal alguno, deciden hacer vida en común. La legislación nicaragüense la reconoce como unión de hecho estable, forma de familia, ya comentada en la Unidad II de este módulo autoformativo.

Resumen:

En este tema hemos tratado del reconocimiento de nuevos tipos de familia y cómo están siendo reguladas por el derecho a nivel internacional, qué caracteriza a unas y otras. Lo conocido es la familia, nuclear, nuestra propia familia o la familia ampliada, que no es más que la familia integrada por el matrimonio, la unión hecho, hijos e hijas, así como por otros parientes y personas no parientes. También es propio de nuestro medio la familia monomarental, (la que está a cargo de la misma, es la madre) y la monoparental (si se trata del padre), pues muchos hogares son dirigidos por mujeres, por madres solteras.

De igual manera nos referimos a los derechos que tienen los miembros de los nuevos tipos de familia sean éstas heterosexuales u homosexuales, éstas últimas son bastante discriminadas, se les restringe en el ejercicio de ciertos derechos, sin embargo, ya están siendo reconocidas en varios países del mundo

¹³⁶ “Padres e hijos de la separación”, Sistemas familiares No. 3, HERSCOVICI, Pedro, año 2, pág. 23, diciembre 1986, Argentina.

¹³⁷ X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Gustavo Moreno, Cristina Silva. Argentina 20 al 24 de septiembre de 1998.

D. PROCEDIMIENTO ORAL EN MATERIA DE FAMILIA

Una vez estudiados los nuevos tipos de familia y su reconocimiento, y establecida la necesidad de continuar avanzando en el tema legislativo, también hace falta revisar los procedimientos que rigen en el derecho de familia, ya que fundamentalmente las mujeres continúan sin acceder a la justicia, porque por un lado son bastante complejos, onerosos y tardíos, con lo que se violentan los derechos no sólo de las mujeres, sino también de los niños, niñas y adolescentes. Por ello nos ocuparemos del Procedimiento oral en materia de Familia empezando por:

¿Qué diferencia existe entre proceso y procedimiento?

Es necesario aclarar que una cosa es el proceso, otra el procedimiento. El proceso tiene por objeto el examen del derecho a obtener la tutela jurídica mediante sentencia favorable y por consiguiente la ejecución de la misma. El procedimiento es el orden y método destinado a investigar, si se dan los requisitos de existencia de la pretensión de tutela jurídica. El tipo de procedimiento está determinado principalmente por el predominio que en él tenga el elemento oral o el elemento escrito.

1. Concepto

¿A qué llamamos procedimientos oral?

Partiendo de lo anterior y para introducirnos en el estudio del tema que nos ocupa, queremos plasmar desde ya, que el proceso oral es el llamado proceso por audiencias, que no es totalmente oral sino mixto, en el que las partes presentan su demanda y contestación por escrito acompañando a éstas todos los medios de prueba. La sentencia que dicta el juez es también escrita, pronunciada en audiencias y suscrita por las dos partes presentes, pero lo interesante es que el proceso se desarrolla por audiencia, con la presencia en todo momento del juez y de las partes hasta concluir, con la sentencia.

La divergencia acerca del procedimiento oral versa no sólo sobre su conveniencia sino también sobre su propio concepto; el procedimiento oral no basta con atender a los elementos exteriores de la palabra, ya que el hecho de admitirse la audiencia y discusión oral de las partes, no implica que el procedimiento sea oral, así como también el uso de la escritura no implica que necesariamente sea escrito. Un procedimiento se dice oral o escrito según el modo como actué en él la palabra hablada o la palabra escrita.

El juicio oral se manifiesta predominantemente de forma verbal. No obstante, lo esencial de la vista es recogida en actas y queda por escrito. Predomina el método contradictorio propio de la controversia que debe versar entre la demanda y la defensa ante el tribunal. Chiovenda expresa, que la naturaleza del procedimiento oral es a menudo equivocadamente entendida. El nombre mismo de oralidad, asumido por la necesidad de expresar con una fórmula simple y representativa un conjunto de ideas y de caracteres, como son **por ejemplo:** la celeridad con que se desarrolla el proceso mismo, la cercanía de las audiencias, es un solo juez. Si no se

analizan los principios aún cuando están estrechamente vinculados entre sí, están contenidos en esta fórmula y que dan al procedimiento oral su particular aspecto.¹³⁸

2. Principio de Oralidad

El principio de oralidad consiste en que la actividad procesal se desarrolla mediante la palabra hablada. Está pensada en principio en nuestro sistema para los procesos de menor cuantía o verbales, en el que antes de la reforma al Arto. 1965 Pr. contenida en **ley** de 5 diciembre de 1968, publicada en gaceta No. 17 del 21 de enero de 1969, se prohibía la presentación de escritos y se obligaba sin alternativa alguna, al Juez a instruir actas de la demanda, contestación y demás actuaciones de dicho proceso, para prueba de esos actos. La reforma permitió la presentación de escritos y por ello, se ha desnaturalizado en la práctica el concepto de oralidad.

La misma forma de actuar por acta, nos ilustra que el sistema no es exclusivamente **oral**, pues para la prueba, por su necesidad, se deben levantar las actas.

Contrario a tal principio está el de **escritura** que es el que rige nuestro sistema de mayor cuantía, el cual tampoco es **absolutamente** escrito, sino **preponderantemente escrito**, por sobresalir la actividad de la palabra escrita, según se desprende de los Artos. 93, 178 y 1023 Pr.¹³⁹

3. Principios del Procedimiento oral

¿Cuáles son los principios del procedimiento oral?

Según Chiovenda son principios del procedimiento oral:

- a. El predominio de la palabra hablada, sin exclusión de la palabra escrita, pues no hay procedimiento exclusivamente oral o exclusivamente escrito. El procedimiento debe ser predominantemente oral, por ello se establece la celebración de audiencia, según los principios de oralidad, publicidad y unidad de actos, sin perjuicio de su documentación.

La escritura es siempre necesaria y desempeña un doble papel en el procedimiento oral: 1º prepara el desenvolvimiento de la causa, registrando el contenido de la demanda, los fundamentos contradictorios de las partes, los medios probatorios, las pruebas preconstituidas y las deducciones de los litigantes y documenta en general, todos los pasos y elementos de importancia para la causa, en particular todo cuanto pasa a la audiencia como son los apuntes que toman los jueces durante la sustanciación de la causa. De cada sesión celebrada de la audiencia oral se extiende un acta y se permite la grabación total o parcial del debate con la utilización de medios técnicos de reproducción y transcripción de su documentación.

¹³⁸ Instituciones de Derecho Procesal Civil T. III, Pág. 173. Chiovenda Giuseppe

¹³⁹ Apuntes de Procedimiento Civil, Curso I. Dr. Roberto Ortiz Urbina, Catedrático de la Universidad Centroamericana.

- b. La inmediación, de la relación entre el juzgador y las personas, cuyas declaraciones tiene el juez que valorar. Consiste en hacer que el juez asista al desarrollo de las pruebas de las cuales debe derivar su convencimiento, esto es, entrar en relación directa con las partes, los testigos, los peritos y con los objetos del juicio, de modo que pueda apreciar las declaraciones de las personas. El principio de la inmediación se haya íntimamente vinculado con el de la oralidad en cuanto que ésta sólo en el procedimiento oral, puede ser plena y eficazmente aplicada.
- c. La identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal durante el desarrollo del juicio, sólo cuando el juzgador asiste al desenvolvimiento e instrucción de la causa le es posible tener una impresión directa y personal para conocer del juicio y dictar la sentencia. La oralidad y la inmediación fracasaría si los actos procesales se desarrollaran ante jueces diversos. En consecuencia, si el juez es colegiado (tribunal integrado por más de un miembro), todas las actividades procesales como las declaraciones y las pruebas deben producirse delante del tribunal y no ante un juez delegado. La indelegabilidad de las funciones del juez lo obliga a estar en todos los momentos y a resolver todas las cuestiones del proceso. Esa intervención del juez debe ser desde el inicio, permitiéndole conocer todos los detalles a medida que se va desarrollando el proceso. El trabajo aislado del presidente o juez delegado, puede ser admitido en actividades procesales meramente preparatorias, no en la fase instructiva o de cognición.
- d. La concentración de la sustanciación de la causa. Esta se desarrolla en un periodo único previo una audiencia o en pocas audiencias próximas, el elemento llamado de la concentración de la causa es la principal característica del procedimiento oral y el que tienen manifiesta influencia en la abreviación del juicio. Hablar de oralidad equivale a hablar de concentración que consiste en reunir en un sólo acto todas las cuestiones que puedan ser objeto de debate, por ello vemos que es en el juicio donde generalmente se practican las pruebas, según el orden en que hayan sido propuestas, se examina el hecho en un periodo breve, reduciéndolo en una sola audiencia o a pocas audiencias, próximas unas de otras y se externan los alegatos de conclusión. Cuanto más próximos estén los actos procesales a la decisión del juez, menor será el riesgo de que las impresiones recogidas por él se borren.
- e. La inapelabilidad de las interlocutorias. No pueden impugnarse las interlocutorias, ya que este principio tiende por igual a asegurar la actuación de la oralidad y de la concentración, impidiendo que el juzgamiento se retarde concentrando la causa y abreviando el tiempo para su decisión. Con este principio no se sacrifica el derecho de los litigantes, pues los referidos incidentes son apreciados en el juzgamiento de fondo.
- f. El principio dispositivo. Esto quiere decir que son las partes, los dueños de sus derechos, quienes plantean el proceso o desisten de sus derechos, pero es el juez quien inicia dicho proceso. Esto significa que si el juez no asiste a la audiencia preliminar, la audiencia es nula.
- g. La publicidad. Es otro de los grandes principios de este tipo de procesos, lo que el da mayor transparencia. Se fundamenta en el control que la colectividad puede y debe ejercer sobre sus jueces y la forma en que administran justicia. El debate es esencialmente público y sólo por excepción se prohíbe el ingreso del público a la sala de audiencias cuando se pueda afectar la moral o la seguridad pública. La publicidad no

autoriza la retransmisión por radio o televisión de la audiencia. **Ejemplo** en Costa Rica se ha permitido el acceso de los medios de información colectiva en algunos casos. En los Estados Unidos, es absolutamente prohibida en alguno de sus Estados no permitiéndose tampoco la toma de fotografía.

A tono con los principios del procedimiento oral es importante señalar que el artículo 24 de la Constitución Política de la República de Nicaragua establece: "toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad, la patria y la humanidad.

4. Aplicación del procedimiento oral en materia de familia en Centroamérica

Si bien es cierto la oralidad en juicio de familia no existe en Nicaragua; ésta ya ha sido implementada en otros países centroamericanos y Nicaragua ha dado muestra de avance al establecerlo en materia penal, por lo tanto, consideramos necesario incluir lo regulado en otros países centroamericanos para darnos ideas de la conveniencia o no, de su instauración en Nicaragua.

En **El Salvador**. El Código de Familia tiene como objeto regular en forma completa y sistemática, toda la materia a la que él se refiere: la familia, los menores y las personas de la tercera edad, reconociendo la unidad de la familia, la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, la igualdad de derechos de los hijos, la eliminación de todo tipo de discriminación, la protección especial y prioritaria de menores, de los incapaces y de las personas de la tercera edad.

Reconoce que los hijos como seres humanos tienen derechos propios que deben serles respetados por sus padres, familia, comunidad y Estado y señala que los hijos también tienen deberes que cumplir como sujetos activos de la relación paterno filial.

Los antecedentes de la pensión o cuota alimenticia de la República de El Salvador, se encuentran en dos cuerpos jurídicos diferentes, por un lado, los Códigos Civil de 1860 y de procedimiento civil de 1882, los cuales disponían a quienes por ley deberían entregarse alimentos y el procedimiento para hacer esto efectivo, particularmente en caso de divorcio. Por otro lado, las Constituciones Políticas de 1930 y 1944, las cuales establecieron el papel protector del Estado hacia la familia, considerada base fundamental de la nación.

El actual Código de Familia y la Ley Procesal de Familia, establecen nuevas regulaciones en esta materia, las cuales están modificando a su vez la legislación secundaria. En el primero se definen los alimentos como un derecho inalienable, irrenunciable e inembargable del alimentario/a y además, se conceptúan como "las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario".¹⁴⁰

Establece el régimen jurídico de los menores y de las personas adultos mayores y consecuentemente regula las relaciones de sus miembros y de éstos con la sociedad y con las entidades estatales.

¹⁴⁰ Código de Familia de la República de El Salvador.

Por su parte, la Ley Procesal de Familia establece los pasos que las /los jueces seguirán en el establecimiento de una cuota alimenticia, desde la asignación de una cuota provisional, una vez interpuesta la demanda, hasta el establecimiento de garantía hipotecarias, prendarias o de cualquier otra clase, que garantice el pago de la cuota.

En este país, existen mecanismos a través de los cuales se puede reclamar la pensión alimenticia, uno de carácter administrativo efectuado ante la Procuraduría General de la República, en el que intervienen únicamente las partes involucradas y la Procuraduría, sin participación de autoridades judiciales y la otra meramente judicial, realizada ante el juez de familia.

Cuando de conformidad al Código de Familia el proceso se iniciare de oficio, el juez dictará resolución que relacione los hechos en que se fundamenta y la finalidad que se propone de la cual se notificará al procurador de familia y a los interesados y se les citará o emplazará, según el caso, para que comparezcan al proceso.

El proceso también se podrá iniciar de oficio con sólo la manifestación verbal de los hechos por el interesado, en vista de la urgencia del asunto, calificada por el juez, en el interés de la familia. En estos casos se procederá de conformidad a lo expuesto anteriormente.

Costa Rica, en cuanto al procedimiento especial para las acciones de filiación, el Código de Familia y la Ley de Paternidad Responsable, establecen las siguientes reglas:

a. El escrito de demanda contendrá necesariamente:

- 1). Los nombres, apellidos, calidades de ambas partes y los números de cédula de identidad
- 2). Los hechos en que se funda, expuestos uno por uno, enumerados y bien especificados
- 3). Los textos legales que se invocan en su apoyo
- 4). La pretensión que se formula
- 5). El ofrecimiento de las pruebas, con indicación, en su caso, del nombre y las demás generales de ley de los testigos
- 6). El señalamiento de casa u oficina para recibir notificaciones, en la misma resolución en que se curse la demanda se pedirá la cita de los marcadores genéticos.

b. Demanda defectuosa:

Si la demanda no llena los requisitos legales, la instancia jurisdiccional ordenará al actor o actora que la corrija y para ello puntualizará los requisitos omitidos o no llenados como es debido. Igual orden dará en el caso que la parte demandada, dentro de los cinco primeros días del emplazamiento, señale algún defecto legal que el juez, en su caso, halle procedente. Dicha resolución, en ambos casos, carecerá de recurso. En la resolución se prevendrá la corrección dentro del plazo de cinco días y si no se hace, se declarará la inadmisibilidad de la demanda y se ordenará su archivo.

c. Emplazamiento:

Presentada la demanda en forma legal o subsanados los defectos, el órgano jurisdiccional dará traslado a la parte demandada y le concederá un plazo perentorio de diez días (10) para la contestación, oponer excepciones previas y excepciones de fondo, aportar la prueba

documental y ofrecer todas las demás, con indicación en su caso, del nombre y las generales de ley de los/as testigos.

d. Incompetencia:

Si el órgano jurisdiccional estima que es incompetente, lo declarará así de oficio y ordenará remitir el expediente a la instancia que deba conocer el caso.

e. Órgano jurisdiccional competente:

Será competente el órgano con jurisdicción sobre asuntos familiares del domicilio de la parte demandada o de la parte actora, a elección de esta última y sin posibilidad de prórroga.

f. Intervención del organismos de investigación judicial:

En la misma resolución en que se curse la demanda, se pedirá cita al Organismo de Investigación Judicial de la Corte Suprema de Justicia, o alguno de los laboratorios debidamente acreditados y reconocidos por el Ente Nacional de Acreditación de Laboratorios, a fin de que se practique la prueba científica sobre la paternidad o maternidad en discusión.

g. Audiencia oral:

Contestada la demanda o la reconvencción, el juez señala hora y fecha, dentro de los treinta días (30) siguientes, para realizar la audiencia única en la que bajo pena de nulidad, se desarrollarán:

- 1). La definición del contenido del proceso o el objeto mismo de la audiencia específica
- 2). La conciliación
- 3). El saneamiento
- 4). La recepción de pruebas
- 5). La resolución a las excepciones previas y excepciones de fondo
- 6). Las conclusiones de los abogados o las partes
- 7). El dictado de la parte dispositiva de la sentencia

h. Incidentes:

No podrá suspenderse el señalamiento por la interposición de incidentes, recursos o gestiones de naturaleza similar, los cuales serán reservados para el inicio de la audiencia y resueltos en esa oportunidad.

i. Concentración de pruebas:

La totalidad de la prueba confesional y testimonial deberá evacuarse en una sola audiencia y solamente cuando sea muy abundante podrán fijarse audiencias sucesivas.

j. Discusión final:

Terminada la recepción de pruebas, la persona juzgadora otorgará la palabra a las partes y a su representación legal para formular conclusiones.

k. Prueba pendiente:

Si en el momento de concluir la audiencia oral existe científica pendiente de evacuar, se esperará su resultado y al llegar éste, será puesto en conocimiento de las partes por un plazo de tres días (3), para que formulen las observaciones pertinentes.

Evacuada la prueba y cerrado el debate, se señalará la hora de ese día para la lectura de la parte dispositiva de la sentencia, salvo en los casos de gran complejidad, en los cuales se autoriza al juzgado para que la dicte al día siguiente. La notificación de la sentencia íntegra se realizará dentro de un plazo máximo de cinco días (5). No se admitirá la acción de investigación cuando el hijo tenga una filiación establecida por la posesión notoria de estado.

El Código Procesal Civil y Mercantil de **Guatemala**, regula el juicio oral, estableciendo varios supuestos en los cuales las contiendas deben ventilarse a través del juicio oral. Este es aplicable a ciertos asuntos por los jueces de primera instancia del ramo civil y por los jueces menores del mismo ramo en los asuntos de menor e ínfima cuantía. Es un proceso tipo para una gran cantidad de contiendas, en asuntos de familia, es de advertir que el juicio ordinario, es predominantemente escrito y oral en los juicios de ínfima cuantía y otros casos determinados¹⁴¹.

5. Ventajas

Constituye el proceso oral una garantía para el goce y ejercicio de los derechos sustantivos en los procesos de divorcio y pensión alimenticia? Qué ventajas nos brinda el proceso oral?

El Procedimiento Civil Nicaragüense desde que existe como tal, se ha caracterizado por ser meramente escrito, establecido para todo trámite y/o proceso, solemnidades y requisitos que retardan los procedimientos causando a la parte interesada gastos que por efecto del tiempo convierten el juicio en un proceso altamente oneroso al cual tienen acceso solo las personas de recursos que constituyen una minoría de la población.

La falta de confianza en un procedimiento sumario, crea en las partes el temor de iniciar acciones en los tribunales de justicia, pues la realidad ha demostrado que no existe tal sumariedad, y es más a veces las causas no se resuelven ni siquiera dentro de un período ordinario, por lo que el procedimiento solemne, formal y oneroso inhibe a las partes hacer pleno uso de sus derechos iniciar la acción de demanda, para el caso que nos ocupa en los Juicios de divorcio unilateral y pensión alimenticia.

Ventajas de la Oralidad

¿Cuáles son las principales ventajas de la oralidad? Podemos señalar entre otras, las siguientes:

- a. El Juicio oral es mucho más rápido que el escrito
- b. Reduce los gastos al mínimo indispensable y en consecuencia, importa una apreciable economía para las partes

¹⁴¹ Mon. "El Proceso Oral en los juicios de Divorcio y Pensión Alimenticia" Giselle Rocha y Amelissa Flores. UCA, Managua, 2003

- c. La publicidad de los debates permite a la opinión pública conocer sobre la conducta y capacidad de jueces y abogados
- d. Como el examen de la prueba se hace en una sola audiencia continuada, al final de ésta se sabe con certeza de qué lado está la razón
- e. Hay mayor satisfacción de las partes involucradas en los procesos.

Resumen

En este tema hemos estudiado el concepto de principio de oralidad, así como los distintos principios que rigen el procedimiento oral, como son en general, predominio de la palabra hablada, pero no la exclusión de la escritura, inmediación de la relación entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones tiene que valorar, identidad de las personas físicas que constituye en el tribunal durante el desarrollo del juicio, concentración de la sustanciación de las causas en un período único a desarrollarse en una audiencia o en pocas audiencias próximas, inimpugnabilidad de las resoluciones interlocutorias o incidentales y adopción de la valoración por la sana crítica y en particular en materia de familia, en algunos países del área centroamericana.

Siendo que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y por ende, sus integrantes son sujetos de derecho y gozan de la protección e interés del estado, es importante que el acceso a la justicia, les sea menos oneroso, que tengan una justicia pronta y expedita y al parecer después de analizar diversos aspectos, del procedimiento oral podemos concluir que en materia del derecho de familia, su puesta en práctica resultaría beneficiosa, pues las partes que litigan son las más débiles de las relaciones, tales como: las mujeres, los niños, las niñas y los adolescentes. Es más, son innumerables los casos de retardación de justicia en materia de tutela de hijos e hijas, así como en pensiones alimenticias, disolución matrimonial y régimen de visitas. A propósito de esto último, en el tema siguiente abordaremos lo relativo a los derechos de niños, niñas y adolescentes, quienes también, son sujetos de derecho.

E. DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

1. Convenciones internacionales relativas a los derechos del niño

¿Cuáles son los principales derechos de los niños, niñas y adolescentes?

Veamos cómo se hayan establecidos en los instrumentos internacionales y ¿Cuáles son las consecuencias internacionales más conocidas y a las que nuestro país está sometido?

En este tema abordaremos los derechos del niño, a partir de la suscripción de la Convención Internacional de por los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), entre los cuales se encuentra Nicaragua, quien la ratificó en el año 1990 y elevó a rango constitucional con la reforma del año 1995, Arto. 71. Otras convenciones conocidas son: La Convención de La Haya Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.¹⁴²

La Convención de La Haya de Protección de los Niños y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, mejor conocida como la Convención de La Haya, es un convenio multilateral elaborado para la aplicación concreta y puesta en practica del artículo 21 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y se ocupa exclusivamente de las adopciones.

“Convención de La Haya de Protección de los Niños y Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, fue adoptada en Holanda el 29 de mayo de 1993 y entró en vigencia el 1 de mayo de 1995. Esta Convención no tiene por objeto crear nuevos derechos para los niños, sino organizar la cooperación entre los estados parte que participan en procedimiento de Adopción Internacional.

Este instrumento internacional aún no ha sido ratificado por Nicaragua. La razón principal radica en que dicha Convención regula la posibilidad de que parejas extranjeras puedan adoptar niños o niñas nicaragüenses a través de organismos no gubernamentales o agencias y aunque menciona cierto control estatal, verdaderamente no podría darse de manera tan efectiva debido a que la relación directa con los adoptantes, tal como está ahora establecida, se haría a través de un organismo no gubernamental, aunque éste se encuentre debidamente certificado. Lo anterior contradice el espíritu de la Ley de Adopción de 1981 y la Constitución Política de Nicaragua. Se podría sugerir al Estado Nicaragüense su adhesión a esta Convención, manteniendo el derecho de niños y niñas nicaragüenses a ser adoptados en último recurso por familias extranjeras de países que han ratificado la Convención de La Haya, siempre y cuando el Estado nicaragüense continúe ejerciendo el control y supervisión durante la fase administrativa y la judicial y el Estado al cual pertenece la familia adoptante, garantice debidamente un proceso transparente y un seguimiento posterior sistemático.

¹⁴² “Análisis de la Adopción Internacional y su Posible Aplicación en Nicaragua”, Trabajo Monográfico presentado por: Harriet De Nueda Somarriba y Flor de Ma. Domínguez Doña. Universidad Centroamericana UCA, 2000.

Es una respuesta a los problemas de las adopciones internacionales. Es el fruto de cuatro años de intensa labor y negociación de más de 60 países, entre los cuales se encuentran países de origen y países de recepción de las adopciones, bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Se trata de una herramienta jurídica que garantiza la protección de los derechos del niño desde el inicio hasta el final del proceso de la Adopción Internacional: desde los primeros pasos del desprendimiento del niño de su madre, en el país de origen, hasta el seguimiento de los casos una vez concluida la adopción, en el país de recepción.

¿Cuáles son los objetivos del convenio de La Haya?

El Convenio de La Haya tiene como objetivos:

- a. Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho Internacional.
- b. Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños.

¿ Y qué conocemos de la Convención interamericana en materia de adopción?

Existe una Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de adopción de menores¹⁴³. Esta Convención se llevó a cabo en La Paz Bolivia el 24 de mayo de 1984, a ella acudieron los estados miembros de la Organización de Estados Americanos para discutir asuntos relacionados con la adopción de niños (as) en dichos países y entre dichos países.

Establece que dicha Convención será aplicada a la adopción plena de niños (as), forma de adopción que se practica en nuestro país, suministrando al menor adoptado todo lo necesario bajo su condición de hijo, cuya filiación esté legalmente establecida, en los casos en que el adoptante o los adoptantes tengan su domicilio en cualquier estado parte y el adoptado su residencia habitual en otro estado parte.

Esta Convención trata de regular las adopciones internacionales que se dan entre países miembros de la OEA, teniendo siempre como principal objetivo el desarrollo integral de los niños y niñas que se dan en adopción entre dichos países.

Expresa la posibilidad de que dicha adopción sea revocada pero sólo en los casos de los países que dentro de sus legislaciones contemplen otra forma de Adopción Internacional que no es la plena, **por ejemplo** existen países miembros de la OEA donde se practica la adopción simple que es cuando uno de los cónyuges adopta pero el otro miembro de la pareja no, es decir que el niño o la niña es adoptado sólo por uno de los cónyuges, en Nicaragua la adopción que se practica es la plena por lo cual esta disposición no afecta en nada esta figura.

¹⁴³ “Por la aplicación de la Ley de Adopciones”, UNICEF, Paraguay – Secretaría de Acción Social Ministerio Público – GLOBAL... Infancia, pág. 20 y 21.

El arto.14 de esta Convención contempla la anulación de las adopciones, disposición que no está contemplada en nuestra legislación. Tampoco nuestra ley contiene la posibilidad de que una adopción plena sea convertida en adopción simple ni viceversa como lo expresa el arto. 13 y16 de la Convención. Esto dado de que en Nicaragua no existe la figura de adopción simple.

Ejercicio:

Lea la Convención Internacional de los derechos del Niño y establezca los principios rectores de la misma

Según su criterio jurídico, Nicaragua debería o no ratificar la Convención de la Haya en materia de adopción. Argumente su posición.

2. Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley No. 287, 1998

Nicaragua muestra querer cumplir con los compromisos asumidos a nivel internacional, lo que se evidencia con la promulgación, en el año 1998, de la Ley No. 287 Código de la Niñez y la Adolescencia, visible en el Diario Oficial “La Gaceta” No. 97 del 27 de mayo 1998, habiendo entrado en vigencia en el mes de noviembre de ese mismo año. En esa fecha se creó el primer tribunal para adolescentes en la ciudad de Managua y otro para la jurisdicción de los departamentos de: Estelí, Madriz, Nueva Segovia, Matagalpa y Jinotega, con asiento en Ciudad Darío y se confirió competencia en esta materia, a los tribunales de justicia de las cabeceras departamentales del país, mediante Acuerdo No. 262 de la Corte Suprema de Justicia. En el año 2003 se abrieron nuevos juzgados penales de adolescentes en las ciudades de: León, Masaya y otro en Managua.

Indudablemente que el tema del Código, no puede, ni debe ser agotado en un sólo momento pues por tratarse de una materia novedosa reconocer a niños, niñas y adolescentes, como sujetos sociales y sujetos de Derecho, resulta hasta “normal” que hayan suscitado tantas y controvertidas reacciones, ya que históricamente, y Nicaragua no escapa a ello, los niños, las niñas y los adolescentes han sido considerados como sujetos de protección y no como sujetos de Derecho.

Por esta razón y muchas más razones, consideramos necesario apuntar algunas reflexiones sobre el mismo:

a. El Código está compuesto de un título preliminar y tres libros.

- 1). El primer libro llamado “Derechos, libertades, garantías y deberes”, contenido en cuatro capítulos: Derechos civiles y políticos; De la convivencia familiar; Derechos a la salud, educación, seguridad social, cultura y recreación y De los deberes y responsabilidades de las niñas, niños y adolescentes.
- 2). El libro Segundo denominado: “De la política y el consejo nacional de atención integral a la niñez y la adolescencia”, Títulos: De la política nacional de atención integral; Del consejo nacional de atención y protección integral y De la prevención y protección especial. Este último, con cuatro capítulos: De la prevención; De la

protección especial; De las medidas especiales de protección y de las organizaciones y centros que trabajan con la niñez y la adolescencia y

- 3). El Libro Tercero que trata “Del sistema de justicia penal especializada”, con siete títulos y sus capítulos referidos a: Justicia penal del adolescentes; Disposiciones generales; Derecho y garantías fundamentales; Órganos y sujetos que intervienen en el proceso; Órganos encargados de administrar la justicia penal del adolescente; Sujetos procesales; De los procedimientos; Disposiciones generales; La conciliación; Prescripción; Recursos; De las medidas; Disposiciones generales; Definición de medidas: Ejecución y control de las medidas; De las sanciones a personas, funcionarios administrativos y autoridades; Disposiciones transitorias y finales.
- b. Sus postulados, se sustentan en la norma constitucional vigente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al igual que en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, instrumento jurídico que Nicaragua aprobara y ratificara desde el año mil novecientos noventa y a la fecha 187 países la han ratificado.
- c. Según la Constitución Política de la República y el Código mismo, es obligación del Estado, la Familia y la Sociedad, brindar protección integral a los niños, las niñas y los adolescentes, sin discriminación alguna.

Entrando en el análisis nos preguntamos: **¿Quién promueve la defensa de niñas, niños y adolescentes mientras viven? ¿quién se preocupa de su buen vivir?** Hasta ahora, lo que hemos conocido son pronunciamientos, discursos de personas que dicen hablar por ellos y ellas pero no hemos conocido lo que ellos mismos piensan y sienten.

En parte esto se explica porque de una u otra manera, cada uno de nosotros se ubica dentro de una de dos grandes posiciones que hay sobre cómo abordar los problemas y el desarrollo de la niñez y la adolescencia; considerarlos como sujetos de derecho (Doctrina de la Protección Integral) o verlos a la luz de la Doctrina de la Situación Irregular.

Esta última doctrina o visión era la que había venido prevaleciendo en muchos países del mundo incluyendo Nicaragua, a pesar de que desde la reforma constitucional del año 1995, la Convención sobre los Derechos del Niño adquirió rango constitucional.

La doctrina de la situación irregular parte de considerar al niño y a la niña sólo como sujetos de protección, de cuidado, como alguien necesitado de limosna, o lo que es igual, alguien con quien podemos practicar un poco la caridad, por aquello de las apariencias.

Este Código no sólo reivindica el que, las niñas, niños y adolescentes, son merecedores de todos nuestros cuidados, sino que les reconoce como sujetos de derecho. Es decir, brinda todo un marco jurídico que le da consistencia a este aspecto. Ya no son más ciudadanos de segunda categoría a los que hay que ver como improductivos, como generadores de gastos, se debe legislar también para ellos, así como se legisla principalmente para los adultos, partiendo del principio que sus derechos no son diferentes de los que gozan las personas adultas, ya que en caso contrario, no se estaría haciendo efectivo el principio de igualdad establecido en la Constitución Política de la República.

Al reconocer el Código a los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de Derecho, también les impone obligaciones o deberes, para con ellos, la familia, la escuela, la comunidad y la patria. Entre ellos se destacan los siguientes:

- 1). Obediencia, respeto y cariño a sus madres, padres, abuelos, abuelas o tutores.
- 2). Colaboración con las tareas del hogar, de acuerdo a la edad, cuidando de no interferir en su proceso educativo.
- 3). Estudiar de manera provechosa, cumpliendo sus tareas escolares, así como con las regulaciones del centro, respetando a sus maestros y demás miembros de la comunidad educativa.
- 4). Respeto a los Derechos Humanos, al medio ambiente, así como a las personas de la tercera edad, los símbolos patrios, valores y héroes nacionales.
- 5). Respeto y cuidado del patrimonio individual, familiar, comunitario y público, coadyuvando a su mantenimiento y conservación.

Los niños, las niñas y adolescentes tienen derecho a la protección del Estado a través de políticas que permitan su nacimiento, supervivencia y desarrollo integral y armonioso en condiciones de una existencia digna. Este derecho de la niñez y adolescencia se traduce en obligaciones del Estado y la voluntad de su cumplimiento debe tener una expresión material en las Medidas Especiales de Protección, ya para la investigación y comprobación de las circunstancias de que trata el Arto. 76 del Código, o bien aplicando las opciones del Arto. 82 que dice: comprobada por la autoridad administrativa la existencia de un hecho violatorio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, podrá aplicar las medidas de protección según el caso, dentro de las siguientes opciones:

- a). Inclusión en un programa gubernamental, no gubernamental o comunitario de apoyo a la familia, a las niñas, niños y adolescentes.
- b). Inclusión en un programa de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico.
- c). Reintegro al hogar con o sin supervisión psicosocial y/o jurídica especializada.
- d). Ubicación familiar.
- e). Ubicación en hogar sustituto.
- f). Inclusión en un programa gubernamental o no gubernamental de rehabilitación y orientación a niñas, niños y adolescentes alcohólicos y toxicómanos.
- g). Ubicación en un centro de abrigo o refugio.
- h). La adopción.

Estas medidas de protección podrán ser aplicadas de manera simultánea, según el caso que se presente y la autoridad administrativa para estos efectos es el Fondo Nicaragüense de la Niñez y la Familia (FONIF) del Ministerio de la Familia.

¿Qué orienta la Ley 351 para proteger a la niñez y la adolescencia?

Consecuentemente, el Estado debe promover y crear instituciones y servicios, tales como: **El Consejo Nacional de Atención y Protección Integral a la Niñez y la Adolescencia**, el cual deberá estar integrado tanto por organismos gubernamentales, como por miembros de la sociedad civil, al igual la Defensoría de las niñas, los niños y adolescentes, ésta como un servicio del Consejo Nacional de Atención y Protección Integral para la promoción y resguardo de sus derechos, así como para el cuidado y desarrollo de los mismos niños, niñas y adolescentes, sin descuidar la protección y asistencia necesaria a padres, madres o tutores con respecto a la crianza de sus hijas e hijos.

La familia no está ajena a esta norma especial, pues el padre y la madre, como procreadores de los niños, las niñas y los adolescentes les compete la toma de decisiones conjuntas sobre los aspectos relativos a la formación integral de sus hijos tomando en cuenta, aun cuando no hubiere acuerdo, el interés superior de éstos. (Disposición ya establecida en el Decreto No. 1065, Ley Reguladora de las Resoluciones Madre-Padre-Hijos, del 24 de junio de 1982, que estableció la igualdad de derechos y deberes al padre y la madre, en el cuidado y la representación de los hijos e hijas).

La responsabilidad sobre los mismos fue ratificado por la Constitución Política, en su Arto. 73, que a la letra dice: "Las relaciones familiares descansan en el respeto, solidaridad e igualdad absoluta de derechos y responsabilidades entre el hombre y la mujer. Los padres deben atender el mantenimiento del hogar y la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, con iguales derechos y responsabilidades. Los hijos, a su vez, están obligados a respetar y ayudar a sus padres. Estos deberes y derechos se cumplirán de acuerdo con la legislación de la materia."

Estas disposiciones del Código materializan lo establecido en las normas antes señaladas, pues enfatizan el juzgamiento y sanción a que puedan ser sometidos los padres, las madres y/o los tutores, por haber maltratado y violentado los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya sea en forma física, psíquica, moral, sexual o de otra índole.

¿ En qué radica la importancia del libro tercero del Código?

La importancia del libro tercero radica en que trata del Sistema de Justicia Penal Especializada, la cual es de tal naturaleza, no sólo por la materia de que trata y los sujetos a quienes está dirigida, sino por la formación que las y los judiciales a cargo, deben tener. Este "... se aplicará sólo a los Adolescentes que tuvieron 13 años cumplidos y que sean menores de 18 años, al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta en el Código Penal o leyes penales especiales,... A los adolescentes cuyas edades se encontraren comprendidas entre los trece años y quince años cumplidos... Comprobada la existencia del delito o falta y la responsabilidad, el Juez competente resolverá aplicándole cualquiera medida que implique la privación de libertad", tal como lo establece el Arto. 95 del citado cuerpo normativo.

Son principios rectores de esta Justicia Penal Especializada: el interés superior del adolescente, el reconocimiento y respeto a sus derechos humanos, la protección y formación integral, la resercción en su familia y en la sociedad, las garantías del debido proceso, así como la protección de los derechos e intereses de las víctimas u ofendidos.

Cabe mencionar que la medida de privación de libertad en centro especializado, es de carácter excepcional y durará un período máximo de seis años. No obstante, el arto. 195 establece tres tipos de medidas que el Juez Penal de Distrito del Adolescente podrá aplicar en función y correspondencia de los elementos de que trata el Arto. 194 y van desde las medidas socio-educativas, pasando por las medidas de orientación y supervisión, hasta llegar a las medidas privativas de libertad, siendo la más severa la de internación en centros especializados ya mencionados.

El Arto. 208, crea la Oficina de Ejecución y Vigilancia de las Sanciones Penales a los Adolescentes, la cual estará adscrita al Juzgado Penal de Distrito del Adolescente, la cual estará adscrita al Juzgado Penal de Distrito del Adolescente y se encargará de la supervisión y control de la ejecución de las medidas impuestas.

Las acciones previstas en el presente Código, sólo serán posibles en la medida en que el Presupuesto General de la República contemple partidas que asignen de manera efectiva recursos suficientes para la atención requerida, sin dejar lugar a dudas, que efectivamente los beneficiarios de esta ley, son los mismos sujetos del Código de la Niñez y la Adolescencia, quienes empezarán a tener una existencia digna. Esto debería incluir desde luego, al Poder Judicial a fin de que éste pueda también cumplir su cometido, por lo que hace a lo establecido en el Libro Tercero.

Lo anterior debe verse en la construcción de escuelas, parques, bibliotecas, centros de salud, programas de capacitación y empleo, etc. Mientras el gobierno no dé señales claras en esta dirección, las niñas, los niños y adolescentes deberán, como sujetos de derecho que son ahora, reivindicar el ejercicio de estos derechos y al lado de éstos, tendremos que estar las y los adultos.

Es deseable que un día no muy lejano no haya tantos niños, niñas y adolescentes excluidos de la educación, de la salud, de la cultura, de la recreación, como también del cuidado y protección de su padre y de su madre.

Seguramente que en este nuevo milenio tendremos menos niños y adolescentes vendiendo y/o pidiendo en los semáforos, habremos reducido sustancialmente el índice de riesgo a que están expuestos; la tasa de mortalidad infantil; los niños trabajadores, tendremos menos niños abusados y personas que los sometan a maltrato físico, psíquico y muchas veces sexual; los padres, las madres, la comunidad y la sociedad en su conjunto, habrá crecido y será adulto con alto sentido de responsabilidad y compromiso, máxime que hoy día se afirma que “conocimiento es poder”. Espero que los gobernantes tomen en serio su tarea de dirigir a los ciudadanos, hombres, mujeres, niños, niñas y adolescentes con transparencia, sin corrupción, sin engaño y la comunidad internacional podrá estar convencida que Nicaragua, su niñez y adolescencia merecen una oportunidad para una vida digna.- “Mañana hijo mío, todo será distinto.”

Resumamos.

¿Qué es un Código?

Es un conjunto de disposiciones legales que de manera ordenada, sistemática y coherente regulan un ámbito específico del derecho y permiten una protección más integral.

Qué contiene el Código de la niñez y la adolescencia?

Libro I

Principios y Fundamentos

Derechos Civiles y políticos

De la convivencia familiar, salud, educación, cultura y recreación

Deberes y responsabilidades

Libro II

De la política de atención integral

Sistema Nacional

Medidas preventivas, protección especial y medidas a padres.

Libro III

Justicia penal de adolescentes

Disposiciones finales

Ejercicio:

Indague en su comunidad cómo esta la situación de la niñez y la adolescencia y explique que componentes del Código se aplican.

Una vez abordado el tema de los derechos de la niñez y la adolescencia, nos ocuparemos de la Lactancia Materna, como un derecho más que los niños y las niñas tienen, debidamente reconocido por la Constitución Política de la República.

3. Lactancia Materna, Ley No. 295 - 1999

¿Qué es la lactancia materna?

La sociedad nicaragüense ha sido una sociedad patriarcal en donde las mujeres históricamente no han tomado decisiones. La lactancia materna es una opción y parte por tanto, del ejercicio de la autonomía de las mujeres, ya que en la medida en que no reciba apoyo de su compañero de vida o de la familia, la misma será una carga adicional del trabajo doméstico que debe realizar, trabajo que hasta ahora ha sido subvalorado.

Es derecho de toda mujer el disponer de información segura, real y actualizada para proteger su salud reproductiva y el bienestar de su familia, desde la prevención de la violencia familiar, los beneficios de la lactancia materna para el bebé y su madre, hasta los métodos de planificación familiar.

Los papeles sociales y los estereotipos sexuales han marcado diferencias en el comportamiento de hombres y mujeres. La sociedad nicaragüense no escapa a la cultura discriminatoria hacia la mujer, a pesar de haber suscrito la Convención sobre todas las formas de Eliminación de violencia en contra de la Mujer (CEDAW) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belem Do pará) de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

La situación de la niñez nicaragüense en su mayoría, se desarrolla en condiciones precarias. Según datos recientes recabados por organismos no gubernamentales, la tasa de mortalidad infantil alcanza cifras importantes, de ahí que resulte necesario promover la lactancia materna, por ser la principal fuente de alimentos para más de 140 millones de niños y niñas que mueren cada año en el mundo.

¿ Cuáles son las ventajas de la Lactancia Materna?

En el mundo en desarrollo, se consumen anualmente más de 25 millones de toneladas métricas de leche materna. Según estudios hechos, la lactancia materna exclusiva, es coadyuvante en el espaciamiento de los nacimientos y reduce el riesgo del cáncer de mama, en las mujeres. También ofrece ventajas en la relación afectiva que se establece entre el binomio madre-hijo o hija; en la promoción de la seguridad alimentaria porque es un alimento completo, evita carencias de microelementos nutritivos, enfermedades infecciosas en los niños y niñas y además porque evita la deficiencia de vitamina A.

Los profesionales de las distintas disciplinas juegan un papel determinante y crítico en la generación del compromiso social y político, indispensables para generar nuevos paradigmas que permitan rescatar la cultura del amamantamiento desde una perspectiva de género, dentro de un marco del respeto de la autonomía de las mujeres.

El mejor alimento para el recién nacido es la leche materna. No solamente por los nutrientes que contiene sino por la relación afectiva que surgen entre la madre y su bebé al amamantar. Cuando después del parto se pone al recién nacido al pecho, inmediatamente éste reconoce a su madre por su olor y desarrolla el reflejo de succionar. Entre más el bebé succione el pecho, mayor cantidad de leche se producirá. La succión del pecho estimula una hormona llamada oxitocina que ayuda a que el útero se contraiga y sea menos el sangrado después del parto, evitando así numerosas hemorragias.

¿ Cómo amamantar?

Para asegurar el éxito de la lactancia materna es muy importante que la madre se acomode de manera confortable, con la espalda apoyada contra el respaldo de la silla o mecedora, debe estar tranquila, dedicada a su bebé. También el éxito de la lactancia depende del apoyo que proporciona el marido o pareja a la mujer que amamanta, puede ayudar, dando masaje a la mujer, demostrándole su afecto y cariño.

¿ Es la lactancia materna un método anticonceptivo?

La lactancia materna puede ser utilizada como método anticonceptivo si se respetan de manera muy estricta las siguientes recomendaciones:

- a. la lactancia debe ser frecuente y exclusiva, es decir que no se pueden dar otros alimentos agua o jugos,
- b. no debe haber bajado la menstruación
- c. es únicamente hasta los 6 meses después del parto.

Si no se cumplen estas condiciones o se quiere tener mayor seguridad la mujer debe acudir a un centro de salud u otros centros para que le den orientación sobre los diferentes métodos de planificación recomendables durante la lactancia, porque no afectan la producción de leche, ni hacen daños al recién nacido.¹⁴⁴

¿Cuáles son los objetivos de la lactancia materna en la Carrera de Derecho?

Lactancia materna es educar para la vida, por ello consideramos importante incluir los objetivos de ésta en la formación de los profesionales del derecho. Ellos son:

- 1). Dotar a los y las estudiantes de la Carrera de Derecho, de los conocimientos básicos sobre la lactancia materna
- 2). Procurar la desmitificación del tema lactancia materna
- 3). Conocer los beneficios de la lactancia materna y las técnicas del amamantamiento
- 4). Promover la difusión y la apropiación de los alcances de la Ley No. 295, Ley de la lactancia materna y disposiciones conexas
- 5). Valorar que la lactancia materna exclusiva es el mejor alimento que se debe dar a un niño o niña en sus primeros seis meses.
- 6). Comprender que la succión frecuente y según la demanda del bebé estimula la producción de leche satisfaciendo sus necesidades.
- 7). Reconocer que la lactancia materna protege al bebé de las enfermedades infecciosas tales como diarrea y enfermedades respiratorias que son las principales causas de muerte en el primer año de vida en Nicaragua.

¿Cuál es la importancia de la lactancia materna?

Amamantar, el primer paso de la vida. Vos mujer que querés ser madre o que ya sos madre y vos, hombre que sos padre o querés serlo ¿te has preguntado alguna vez la importancia que tiene el amamantamiento para nuestros hijos e hijas?

¿Qué es amamantar?. Es dar vida y amor, es alimentar, proteger, comunicarse con el hijo o hija.

Muchas personas, y muchas mujeres preguntan, ¿por qué amamantar? La respuesta es sencilla: la leche materna facilita un óptimo crecimiento y desarrollo del niño o la niña, a la vez los protege contra la diarrea y las infecciones respiratorias graves y favorece un vínculo especial entre madre e hijo.

¹⁴⁴ “Me quiero, me cuido: un cambio para siempre”, Mireille Llinares de barrera; Consultora Internacional UNFPA, septiembre 1997.

La leche materna satisface todas las necesidades de alimento y agua hasta los cuatro y seis meses de edad del recién nacido. La frecuencia y duración de la lactancia materna en los países de la región está lejos de ser satisfactoria. Esta situación está determinada por circunstancias culturales y socioeconómicas, pero además, por no promoverla adecuadamente entre las mujeres.

¿Cuáles son los mitos alrededor de la lactancia materna?

“La leche materna es la primera fuente de nutrición y salud”.¹⁴⁵ La nutrición es una prioridad del desarrollo humano; una población bien alimentada desde la infancia es más sana, productiva y feliz. La alimentación durante el primer año de vida es decisiva para el desarrollo de la persona. Ningún sustituto o fórmula infantil es mejor que la leche materna.

En Nicaragua el número de niñas y niños que sufren de desnutrición es elevado. Según la Encuesta de Demografía y Salud (ENDESA) de 1998, uno de cada tres niños presenta alguna carencia al respecto. La desnutrición provoca daños a su salud física y mental, disminuyendo sus capacidades de desarrollo y haciéndolo más vulnerable a las enfermedades.

La población infantil de las zonas rurales es claramente la más afectada por las deficiencias nutricionales, debido a los escasos ingresos de las familias, la poca cantidad y baja calidad de la alimentación y los bajos niveles educativos de las madres.

Desde hace 20 años, el Estado nicaragüense está impulsando acciones para reducir las deficiencias alimentarias de las mujeres embarazadas, lactantes y de la niñez. Según la ENDESA, en 1998 más mujeres estaban alimentando a sus hijos con leche materna durante un mayor número de meses que en 1993.

El esfuerzo para que esta práctica se generalice debe continuar. Sin embargo, hace falta que el Estado defina una política nacional de nutrición a la par de acciones efectivas para mejorar las condiciones socioeconómicas de los grupos más desfavorecidos de la población.

¿Qué cosas debe saber sobre la Lactancia Materna?

Las mujeres no pueden ejercer plenamente su derecho a elegir la lactancia materna, debido a...

- a). Falta de información
- b). Falta de conocimiento y de control sobre el propio cuerpo
- c). Condiciones de trabajo poco propicias
- d). Prácticas nocivas en los servicios de salud
- e). Desigualdad de género
- f). Presiones comerciales

Las mujeres tienen el derecho a una opción informada.

Las mujeres tienen derecho a conocer: Las diferencias entre la leche materna y la fórmula artificial. La lactancia materna contribuye a proteger a la mujer contra el cáncer, el embarazo y la anemia; protección que no ofrecen las fórmulas sustitutas; las implicaciones de la alimentación elegida en relación a la salud. En los países industrializados, los niños

¹⁴⁵ Equidad para superar la vulnerabilidad. Versión Ilustrada, 2000. PNUD.

alimentados artificialmente tienen un riesgo mucho mayor de hospitalización que aquellos alimentados a pecho.

Las mujeres tienen derecho a saber cómo amamantar con éxito. La producción insuficiente de leche es uno de los motivos más frecuentes para la interrupción de la lactancia materna. Conocer la importancia del amamantamiento frecuente para la producción de leche y la posición adecuada del bebé al darle pecho, pueden ayudar a prevenir este problema.

El impacto de la lactancia sobre la fertilidad. Las mujeres deben ser informadas sobre la relación que existe entre el amamantamiento y la fertilidad y recibir consejo sobre el momento en que deben iniciar otro método de planificación familiar durante la lactancia.

La implicación económica de la elección de alimento. En realidad no existen los suministros "gratuitos" de fórmulas infantiles. Una vez que se inicia la alimentación artificial, disminuye la producción de leche materna y la familia pasa a ser dependiente de un producto costoso.

Los centros de información y apoyo. Si surgieran problemas, las mujeres necesitan saber a dónde y a quién recurrir.

"Cada mujer merece la capacidad de hacer una elección plenamente informada, empleando el cálculo de costo beneficio de su propia familia, al momento de decidir cómo cumplir mejor con sus prioridades de trabajo y de amamantamiento".

Mientras son amamantados los bebés se enferman menos, tienen menor número de síntomas de diarrea y cuando la padecen ésta es leve. Hay menor número de hospitalizaciones por enfermedades diarreicas o respiratorias.

La leche materna está libre de gérmenes y contiene anticuerpos, linfocitos (productores de anticuerpos), macrófagos (que destruyen gérmenes) y todos estos componentes evitan las infecciones en el niño.

Amamantar es más económico y práctico: Amamantar ahorra la compra de los implementos y el consumo de combustible, el costo de los tarros de leche, el azúcar, vitaminas y otros.

¿ Amamantan las madres actualmente?

Existe un problema serio de lactancia en el mundo. Para maximizar los beneficios a la salud del niño y de la madre, la lactancia debiera ser exclusiva hasta alrededor de los 6 meses. Desafortunadamente, la lactancia exclusiva es rara. Si bien la mayoría de las madres amamantan, ofrecen además a sus niños otros alimentos y líquidos.

¿ Qué podemos hacer?

Desarrollar normas y políticas nacionales que orienten las prácticas institucionales de los trabajadores de la salud, implementar el Código Internacional de Comercialización de los Sustitutos de la Leche Materna, diseñar políticas que apoyen la lactancia en las madres que trabajan, como **por ejemplo** permiso postnatal, tiempo para amamantar o extraer la leche espacio para extraer y conservar la leche extraída y salas cunas junto al lugar de trabajo, modificar las rutinas de las maternidades hacia prácticas que favorezcan la lactancia.

También podemos poner en práctica los elementos de la promoción de la lactancia tales como:

- La implementación de políticas nacionales en materia de lactancia.
- El establecimiento y apoyo de comisiones independientes del Estado o del ente rector sobre promoción de la lactancia que pueden afectar a los órganos normativos.
- La capacitación de profesionales de salud en gestión de la lactancia y de los trabajadores basados en la comunidad en materia de promoción de la lactancia.
- Los servicios de extensión entre las mujeres y un sistema comunitario de apoyo madre a madre.
- El mercadeo social para crear un contexto cultural que proporcione más apoyo a la lactancia.
- Las políticas de empleo que permitan a las mujeres trabajadoras amamantar a sus hijos.
- Vigilancia de las tasas de lactancia realizada y consignada por los gobiernos de forma regular y establecimiento de metas para mejorarlas.
- El cumplimiento por todas las instituciones de maternidad de los diez pasos (OMS/UNICEF) para proteger, promover y apoyar la lactancia.

Marco jurídico de lactancia materna.

¿Cuál es el marco jurídico de la lactancia materna?

Se ha logrado constatar que una de las causas de abandono de la lactancia materna es la publicidad errónea y la promoción comercial de productos de alimentación artificial de los lactantes.

En mayo de 1994 en la Asamblea Mundial de la Salud, el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos fue ratificado por unanimidad. En esta misma reunión se demandó de los estados miembros la incorporación del Código Internacional y el monitoreo del mismo como una actividad necesaria para la protección y promoción de la lactancia materna.

Nicaragua en 1981 adoptó las primeras disposiciones para incorporar el Código Internacional a las leyes del país. En una revisión posterior realizada por la Comisión Nacional de Lactancia Materna, se encontró entre otras observaciones: la desactualización de la ley y la abolición de las instancias reguladoras.

En el orden legal, Nicaragua sustenta este derecho en las disposiciones siguientes:

- Constitución Política de Nicaragua (1987) y sus reformas de los años 1995 y 2000.
- El capítulo IV-DERECHOS DE LA FAMILIA, Artos. 70-79, establecen entre otros aspectos:

- el derecho a constituir una familia bajo la forma del matrimonio o de la unión de hecho estable, de la que se derivarán derechos y deberes para sus miembros.
 - el principio de protección especial al proceso de reproducción humana, traducido éste en el hecho de que la mujer goza de protección especial durante el embarazo y licencia con remuneración salarial, sin perjuicio de sus prestaciones sociales.
 - Además, de que no se le podrá negar empleo por razones del embarazo, ni despedirla, sin causa justificada, durante ese período o en el período post-natal.
- Por otra parte en la norma fundamental se establecen los Derechos Laborales en sus Artos. 80-88, aplicables sin discriminación a hombres y mujeres.
 - (Con relación al marco constitucional, tenemos disposiciones cuyo sentido principal es) proteger y/o tutelar los derechos de las mujeres:
 - ❖ Salario igual por trabajo igual
 - ❖ Igualdad de oportunidades tanto en el acceso al trabajo como en la promoción de cargos.

Mención especial merece en este apartado los Artos. 74, señalado anteriormente y 82 de la Constitución por ser éstas las normas básicas, que permiten derivar otras leyes o disposiciones que tiendan a su cumplimiento efectivo y consecuentemente referidas al tema de la mujer lactante trabajadora.

Esta protección se observa en dos sentidos: se establece el derecho de la mujer a lactar y el derecho del niño o niña, a vivir y gozar del beneficio que representa la lactancia materna.

- Otro aspecto a señalar es el Arto. 46 de la Constitución que reconoce plena vigencia a todos los derechos consignados en las Declaraciones y Pactos Internacionales suscritos por Nicaragua.
 - Código del Trabajo de la Republica de Nicaragua. Ley No. 185, del 30 de octubre de 1996, su entrada en vigencia fue y sigue siendo muy cuestionada por los empleadores por considerar que es eminentemente sobre protector de la clase trabajadora.

Según las disposiciones laborales, existe la obligación de establecer guarderías en los centros de trabajo donde laboren más de treinta (30) mujeres y darles permiso para amamantar a sus hijos e hijas; jornada especial de trabajo para las mujeres embarazadas, en el sentido de que la que tenga más de seis (6) meses de barriga, no podrá exigírsele que trabaje en roles nocturnos; prohibición de trabajar en lugares insalubres o de riesgos, etc.

El título VII del Código del Trabajo dedica el capítulo II a la PROTECCION DE LA MATERNIDAD DE LA MUJER TRABAJADORA, Artos. 140-144.

Cabe el traslado de la mujer embarazada a un puesto distinto sin detrimento de su salario, ya que la democión sería ilegal; reposo OBLIGATORIO de cuatro (4) semanas antes y ocho (8) semanas después del parto, o diez (10) semanas, si fuere parto múltiple, tiempo que se cuenta a partir de la fecha probable del parto.

- ❖ -Goce de salario
- ❖ -Asistencia médica

El reposo será computado como trabajo efectivo. Esto quiere decir que la mujer, mientras espera el parto y después del mismo, no pierde su antigüedad, vacaciones, décimo tercer mes, es decir que el reposo pre y post-natal no afecta los derechos inherentes a la relación laboral. Sin embargo hay que apuntar que se ha constituido una práctica el hecho que las mujeres descansan menos tiempo antes del parto para sumar ese tiempo al post- natal y así permanecer más tiempo con el recién nacido.

Todas estas normas protectoras tienen otra cara: la preocupación de los empleadores por lo que consideran un régimen laboral sobre protector.

Es preciso señalar que este marco jurídico, sobre protector o no, es para aplicarse en un país donde el índice de desempleos, mayor al 60% y es la mujer la que más sufre ese desempleo, es decir, estamos hablando de un régimen laboral que en términos reales se aplica a un pequeño porcentaje de la fuerza laboral de este país.

- **LEY DE SEGURIDAD SOCIAL Y SU REGLAMENTO.** Decretos Nos. 974 y 975, publicados en La Gaceta, Diario Oficial No. 49 del 1 de marzo del año 1982.

El sistema de seguridad social tiene un capítulo dedicado a la maternidad como una de las contingencias cubiertas por el sistema. Esto es válido tanto para la mujer trabajadora (la cual ya está protegida por el Código del Trabajo), como para la esposa o compañera del trabajador asegurado. La Constitución Política define el marco de regulación correspondiente, normativas que en lo pertinente se cumplen a través de la Ley de Seguridad Social y su Reglamento.

En materia de seguridad social, solamente existe el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (INSS) y éste cubre únicamente a trabajadores y trabajadoras activas, donde como ya se dejó dicho, la mayoría son hombres y las mujeres, en buena parte de los casos, son beneficiarias de las pensiones que reciben sus maridos o compañeros de vida.

Hay que destacar que en esta materia de seguridad social, el ejército ha logrado consolidar un patrimonio importante, lo cual no significa tampoco que las pensiones establecidas satisfagan las necesidades de los soldados. En la policía también funciona un régimen de seguridad social pero con muchos menos recursos.

- En La Gaceta Diario Oficial No. 72 del 11 de Noviembre del 2000, fue publicada la Ley de Sistema de Ahorro para Pensiones y su Reglamento (GDO No. 121 del 27 de Julio del 2000) que modifica sustancialmente el Sistema de la Seguridad Social, estableciendo empresas privadas encargadas del manejo de las cotizaciones de las personas aseguradas
- **CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA**, Ley No.287, visible en La Gaceta, Diario Oficial No. 97 del 27 de mayo de 1998 y vigente desde el mes de noviembre del mismo año.

Este instrumento novedoso que reconoce derechos y deberes a niños, niñas y adolescentes, establece en sus Artos. 35 y 36 la obligación del Estado, a través de las instituciones respectivas y empleadores, de brindar condiciones adecuadas para la lactancia materna, incluyendo a las mujeres privadas de libertad. De igual manera, promover y educar en las ventajas de la lactancia materna.

- LEY DE PROMOCIÓN, PROTECCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA LACTANCIA MATERNA Y REGULACIÓN DE LA COMERCIALIZACIÓN DE SUCEDÁNEOS DE LA LECHE MATERNA, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 122 del 28 de junio de 1999.

Su antecedente inmediato es el Decreto No. 912, emitido el 23 de diciembre del año 1981, considerado éste como la plataforma para el desarrollo y posterior promulgación de la ley que hoy nos rige, cuyos aspectos relevantes se resumen de la forma que sigue:

- Objeto: proteger, promover y mantener la lactancia materna y regular el correcto uso de los sucedáneos de la leche materna en los lactantes, para que ayuden al mejoramiento del estado nutricional.
 - ❖ Crea la Comisión Nacional de Lactancia Materna, integrada por nueve (9) delegados, seis (6) de organismos no gubernamentales y tres (3) de organismos gubernamentales. Órgano de consulta y apoyo Inter-institucional, así como foro de discusión multidisciplinario. Compete a esta misma instancia, la supervisión del cumplimiento de la ley, así como la imposición de las sanciones a que hubiere lugar.
 - ❖ Su órgano rector es el Ministerio de Salud y cuenta con la cooperación de otras instituciones públicas y privadas y organismos no gubernamentales.
 - ❖ Establece derechos y deberes para el público en general y las madres, sistema de atención en salud, profesionales y agentes de salud, así como a los empleados de los fabricantes, expendedores y distribuidores.
 - ❖ Prohíbe la utilización de los servicios de salud para la promoción de los sucedáneos de la leche materna y por ende el recibo de incentivos con fines promocionales.
 - ❖ Prohibición a los agentes y personal de salud de entregar muestras y 7U originales de los productos de que trata la ley, a mujeres embarazadas, madres, o miembros de su familia.
 - ❖ Regulación para el etiquetado de los sucedáneos de la leche materna
 - ❖ Sanciones por contravención a la ley, se aplicarán de manera progresiva, según la gravedad y frecuencia de la violación. **Ejemplo:** no poner la etiqueta en los sucedáneos, contempla desde la amonestación verbal, hasta cancelación el registro sanitario, sin perjuicio del decomiso de los sucedáneos de la leche materna.

En la región centroamericana, Costa Rica promulgó en el año 1994, la Ley de Fomento de la Lactancia Materna, creó la Comisión de Lactancia Materna y estableció de manera precisa, los deberes y derechos de los agentes de salud, Caja Costarricense del Seguro Social, Ministerio de Salud y Universidades.

Otra disposición por mencionar es el Código Internacional para la Comercialización de los Sucédáneos de la Leche Materna.

Contexto Político y Legal

Siendo la lactancia materna un proceso fisiológico y natural en la especie humana, parecería absurdo que se necesite todo un marco legal para que la mujer pueda ejercer su derecho a amamantar, pero sucede que existe discriminación de la mujer en el trabajo, así como falta de apoyo institucional cuando ella trabaja y amamanta a su hijo o hija.

Nicaragua en cumplimiento a múltiples acuerdos internacionales a favor de la mujer y la niñez, establece en su Constitución y en las políticas de salud el derecho de madres, niños y niñas a un cuidado especial. Sin embargo, aún hace falta mucho que hacer en este campo, para que mujeres, niños y niñas gocen plenamente de la práctica de la lactancia materna.

La ley de Seguridad Social otorga a las mujeres trabajadoras aseguradas el derecho a recibir salario durante el período post-natal no trabajado. El tiempo destinado al post-natal es sólo de 8 semanas (2 meses) lo que constituye el primer obstáculo señalado por las mujeres y por la población en general cuando se cuestiona el cumplimiento a la recomendación de brindar lactancia materna exclusiva los 6 primeros meses de edad.

El Código del trabajo en Nicaragua, de acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) incorpora desde 1934 el derecho de la mujer a un horario especial para amamantar a su hijo o hija, así como la obligación de empleadores a proporcionar un espacio físico para que las mujeres puedan ejercer esa práctica en el lugar de trabajo.

En las reformas del Código del Trabajo publicadas el 30 de Octubre de 1996 en La Gaceta No. 205, se retorna este derecho en el artículo 143,¹⁴⁶ Título VII, Del trabajo de las Mujeres, Capítulo II De la Protección de la Maternidad de la Mujer Trabajadora). Sin embargo, muy pocas mujeres hacen uso de este derecho, debido principalmente al desconocimiento del mismo, a la falta de apoyo institucional y a la discriminación que aún sufre la mujer en el campo laboral. Hay que señalar también que el Ministerio del Trabajo no vigila ni hace cumplir ese artículo.

En 1990 Nicaragua ratificó la Convención internacional sobre los Derechos de la Niña y el Niño, y en 1995 se adoptaron sus disposiciones como un derecho constitucional. Como parte de este proceso, en 1998 se adoptó el Código de la Niñez y la Adolescencia, en el que se establece que:

El Estado, a través de las instituciones correspondientes y los empleadores en general, está obligado a proporcionar a todas las madres, incluyendo a aquellas que se encuentren privadas de libertad, las condiciones adecuadas para la lactancia materna. Durante ese período, no se separará a la niña o niño de su madre, a menos que sea contrario al interés superior del niño, la niña.

El Código además establece que el Estado tiene la responsabilidad de promover la lactancia materna, así como de educar a la comunidad sobre sus ventajas.

A partir de entonces diez hospitales han alcanzado la certificación internacional de “Amigos de la Niñez y la Madre” otorgada conjuntamente por autoridades del MINSA y UNICEF una vez que los hospitales han implementado de manera exitosa los “diez pasos para una lactancia materna exitosa”.

¹⁴⁶ República de Nicaragua. Código del Trabajo. 1996

En Nicaragua, los organismos no gubernamentales como SOYNICA (Asociación Nicaragüense de la Soya), CEMEF (Centro Mujer y Familia), Visión Mundial y FUNDEMUNI (Fondo para el Desarrollo de la Mujer y la Niñez) han tenido un papel clave en la creación de redes comunitarias.

El MINSA lanzó la iniciativa de la Unidad de Salud Amiga de la Niñez y la Madre.

Boaco ha sido certificado como un SILAIS amigo de las madres y los bebés, con el 100% de sus unidades de salud certificadas por haber cumplido con los once pasos.

Once pasos

- Contar con una política escrita de promoción, fomento y apoyo a la lactancia materna, sistemáticamente comunicada al personal.
- Capacitar a todo el personal de salud para que implemente esta política y otros componentes de atención integral para mujeres, niños, niñas y adolescentes.
- Enseñar a mujeres embarazadas y madres los beneficios de la lactancia y cómo practicarla.
- Promover la iniciación de la lactancia a partir de la primera media hora de vida.
- Enseñar a las madres cómo iniciar y mantener la lactancia, aún si tienen que separarse del bebé.
- No dar a bebés menores de seis meses ningún alimento o líquido fuera de la leche materna.
- Promover la práctica de que madre y bebé permanezcan en la misma habitación.
- Promover la lactancia exclusiva y a demanda hasta los seis meses de vida, así como su continuación hasta el segundo año de vida.
- Desalentar el uso de biberones, chupos y otros dispositivos artificiales en bebés lactantes.
- Promover la creación y funcionamiento continuo de grupos de apoyo para la lactancia.
- Aplicar el código prohibiendo la libre distribución de sucedáneos de la leche materna.

Un factor clave en la participación de los organismos no gubernamentales (ONG) y de las universidades en el esfuerzo nacional dirigido a promover la lactancia materna y a recuperar la cultura de la lactancia en Nicaragua, fue el lanzamiento de un Plan Nacional para la Lactancia por la Comisión Nacional de Lactancia Materna (CONALAMA).

La lactancia materna ha sido reconocida en iniciativas regionales, mundiales y en algunos jurídicos de nuestra legislación nacional como un derecho humano no exclusivo de la infancia. Sin embargo a pesar que en Nicaragua, tanto el Código de la Niñez y la Adolescencia, como el Código del Trabajo reconocen la necesidad de la promoción y práctica de la lactancia materna, pero además tomando en cuenta también a la mujer, señalando ambos instrumentos de nuestra legislación nacional, las condiciones y mecanismos para que pueda darse.

Sin embargo la gran contradicción de nuestra normativa interna en relación a esta temática es que en la Ley específica de Promoción, Protección y Mantenimiento de la Lactancia Materna, conocida como Ley 295, se excluye a la mujer madre como sujeta de derechos, ya que dentro

del contenido de su texto únicamente refiere los beneficios que le proporciona a las y los lactantes y aunque el artículo 6 inciso e) refiere que la Comisión Nacional de Lactancia Materna entidad adscrita al Ministerio de Salud promoverá proyectos de reglamentos y reformas a las leyes existentes relacionadas con la promoción y mantenimiento de la lactancia materna y el artículo 7 de la misma establece que el Ministerio de Salud a través de la Comisión será el encargado de planificar, regular y controlar la promoción y mantenimiento de la lactancia materna, ratificando dichas disposiciones el artículo 10 de la precitada Ley, en esta sin embargo no se establecen las medidas y condiciones que deben tomarse para que el Estado a través de las distintas instituciones, los empleadores y las personas que integran la familia, faciliten, proporcionen y garanticen el cumplimiento de la práctica de la lactancia materna.

Existen otros criterios que consideran que la Lactancia Materna debe ser considerada como un derecho de la niñez y la mujer y ello lo sustentan con el reconocimiento que se hizo en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena (1993), se reconoció que los derechos humanos de las Mujeres y la Niñez son **“Parte inalienable, integral e indivisible de los Derechos Humanos Universales”** y que requieren atención especial. Esto debido a que los problemas que enfrentan y comparten las mujeres y los niños y niñas, como grupo social altamente vulnerable, discriminado y excluido de los Derechos Humanos, tienen causas inmediatas, profundas, estructurales y la mayoría de ellas presentan raíces comunes.

Aunque se han generalizado las prestaciones, los avances logrados no han podido resolver hasta el momento el problema fundamental que afrontan la mayoría, sino la totalidad, de las trabajadoras en alguna etapa de su vida profesional: desigualdad de trato en el empleo debido a su función reproductora.

En muchos países, los ingresos de las mujeres son fundamentales para la supervivencia de las familias. De hecho, su trabajo es la principal fuente de ingresos para un 30 por ciento de los hogares de todo el mundo. En Europa y Estados Unidos, el 59 y el 55 por ciento de las trabajadoras, respectivamente, aportan la mitad o una proporción incluso mayor de los ingresos del grupo familiar. En la India, se estima que 60 millones de personas viven en hogares mantenidos únicamente por mujeres. En algo más de 10 años, el 80 por ciento de las mujeres de los países industrializados y el 70 por ciento de las mujeres de todo el mundo estarán trabajando fuera del hogar durante el período de procreación y educación de los hijos.¹⁴⁷

Resumen de la unidad

Bueno, hemos estudiado en esta unidad el Derecho de Familia en el Siglo XXI, es decir, los nuevos temas que el Derecho Familia se plantea, tales como: los métodos de resolución alterna de conflictos, las técnicas de reproducción humana asistida, nuevos tipos de familia y su reconocimiento por el ordenamiento jurídico, el procedimiento oral en materia de familia, así como los derechos de la niñez y la adolescencia que incluye la lactancia materna, todos ellos de gran interés e importancia para el desarrollo del profesional del derecho. De manera que con todos estos nuevos conocimientos nos preparamos a responder las actividades de autoaprendizaje, así como la autoevaluación de esta unidad.

¹⁴⁷ La OIT y el trabajo infantil: Viejos y nuevos hitos. Trabajo No. 24 -1998.

Actividad de Autoaprendizaje No. 2

Responda:

- 1.- ¿Cómo defino los nuevos tipos de familia?
- 2.- ¿Qué caracteriza a la familia ensamblada?
- 3.- Familia incompleta es igual a familia reconstruida? Explico
- 4.- Explico en qué consiste el proceso oral
- 5.- ¿Es conveniente el procedimiento oral para el derecho de familia?
- 6.- ¿Cuáles son las ventajas de su utilización?
- 7.- Enumero cinco derechos que tienen los niños, niñas y adolescentes
- 8.- Establezco una definición de Código
- 9.- ¿De cuántos libros consta el Código de la Niñez y la Adolescencia y qué regulan?
10. Señalo cuáles son los objetivos de la lactancia materna en la Carrera de Derecho
11. Retroalimento mis aprendizajes con las respuestas de la página No.329

Evaluación final de la unidad

- 1.- Redacte un concepto de métodos de resolución alterna de conflictos
- 2.- Clasifique los métodos de resolución alterna de conflictos
- 3.- ¿Qué es mediación y cómo se diferencia de la mediación familiar?
- 4.- Negociación y Conciliación son métodos idénticos? ¿Porqué?
- 5.- Establezca la importancia de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida
- 6.- ¿Qué entiende por Fecundación In Vitro?
- 7.- Enumere los nuevos tipos de familia que reconoce el derecho nicaragüense
- 8.- Elabore sus consideraciones sobre la importancia del procedimiento oral en materia de Derecho de Familia
- 9.- ¿Cuáles son los derechos que tutela el Libro Tercero del código de la Niñez y la Adolescencia?
- 10.- Indique el marco regulatorio de la lactancia materna

Evaluación final del módulo

- 1.- Explique la importancia de las fuentes del derecho
- 2.- Elabore un resumen sobre la división del derecho
- 3.- Identifique los elementos de una relación jurídica de coordinación
- 4.- Establezca las diferencias entre personas naturales y personas jurídicas
- 5.- ¿Qué entiende por personas jurídicas sin fines de lucro?
- 6.- ¿Qué es el patrimonio familiar. Y cómo se encuentra regulado?
- 7.- ¿Qué es la capacidad como atributo de la personalidad?
- 8.- Cuál es según su criterio, la importancia de la nacionalidad

9.- Resuelva:

Irene es una joven de 14 años que vive en la ciudad de Managua donde estudia, sus padres radican en Nandasmo y pasa sus vacaciones en Masachapa.

¿Cuál es su domicilio?, y su lugar de residencia?

- 10.- Emita su opinión sobre la protección especial que el estado debe brindar a la familia
- 11.- Elabore un esquema con los derechos que en materia de familia, son protegidos por la legislación nicaragüense
- 12.- Enumere los pasos por seguir para la celebración de un matrimonio
- 13.- ¿Cuáles son los efectos personales de la unión de hecho estable?. ¿Son iguales a las que nacen del matrimonio?
- 14.- Indique el procedimiento a seguir para el divorcio por mutuo consentimiento
- 15.- Dé un concepto de causal de divorcio.
- 16.- Resuelva el siguiente caso: Juana estando casada con Félix conoce a otro hombre que le ofrece matrimonio si se divorcia de su marido
 - a) ¿Puede Juana intentar válidamente la demanda de divorcio?
 - b) ¿En qué la sustentaría?
 - c) ¿Es procedente la acción o Félix podría oponerse?
- 17.- ¿Qué entiende por derecho de alimentos, y cómo se hace para demandar el pago de los mismos?
- 18.- ¿En qué consiste la tutela?, ¿Es similar al derecho de patria potestad o relación madre-padre-hijos?
- 19.- Haga una síntesis del procedimiento para adoptar según la ley nacional
- 20.- 10.- Explique en qué consiste el Consejo Nacional de Atención y protección Integral de la Niñez y la Adolescencia
- 21.- ¿En qué consiste la técnica de Madre Subrogada o Vientre de alquiler?
- 22.- ¿Qué es lactancia materna y cuál es la importancia de su estudio en la carrera de Derecho?. Explique

Hoja de Respuestas

Evaluación diagnóstica

R/1.- Son vías diferentes a la que ofrecen los tribunales de justicia

R/2.- Si, porque antes que existiera el derecho, las personas en conflictos, buscaban como solventarlos entre sí, acudiendo generalmente a las personas más reconocidas en su comunidad o barrio

R/3.- Si desde hace mucho tiempo he sabido de la Inseminación Artificial y más tarde del primer bebé probeta, actualmente se habla del Vientre de alquiler.

R/4.- Las que reconoce la constitución: el matrimonio y la unión de hecho estable. También existe la monoparental.

R/5.- Me parece que es una nueva forma de llevar los juicios, más rápido y a menor costo en tiempo y dinero.

R/6.- Si tienen derechos, ya que se les reconoce como sujetos de derechos y no como objetos de protección.

R/7.- En mi familia, los derechos de los niños, son los mismos que tenemos los adultos y sus deberes son de acuerdo a su edad, tales como respeto, consideración y colaboración en las tareas del hogar, siempre que no interfieran con sus estudios-


R/8.- Nuevo tipo de familia es aquél que está surgiendo, diferente a los ya conocidos, por ejemplo, las familias recompuestas, la familia homosexual, etc.

Autoaprendizaje No.1

R/1.- Son métodos tradicionalmente no judiciales que tienen como fin solucionar problemas con o sin la participación de una tercera persona imparcial.

R/2.- Los métodos más conocidos, son:

Conciliación
Negociación
Mediación-Arbitraje
Mediación
Arbitraje
Automediación



R/3.- Mediación familiar. Es el proceso que supone la presencia de una tercera parte neutral abogado-terapeuta familiar que guían a las partes involucradas en un conflicto hacia su mejor resolución o disolución, y que se puede dar antes, conjuntamente o después del litigio.

R/4.- Los sujetos que intervienen son: las partes en conflicto, el mediador o mediadora y si fuera interdisciplinar, otro profesional adicional.

R/5.- El rol del mediador es facilitar la comunicación entre las partes, en la mesa de mediación.

R/6.- Las técnicas de Reproducción Humana asistidas, más conocidas son:

- Inseminación artificial
- Fecundación In Vitro
- Maternidad Subrogada o Vientre de Alquiler

R/7.- En primer lugar que esté autorizado su uso en el país, que haya sido informado debidamente y que medie el consentimiento para ello.

R/8.- Considero que la inseminación artificial homóloga por ser la de mayor existencia y probada efectividad, además porque permite la participación de la pareja.

Autoaprendizaje No.2

R/1.- Como las nuevas formas de organización de convivencia humana. Grupos de personas de diferentes edades, sexos, que viven juntas, unidas por parentesco o afecto, por la costumbre o por relaciones que se dan dentro y fuera del espacio.

R/2. La familia ensamblada se caracteriza por la unión de miembros provenientes de varias familias, de otras relaciones, ya sean matrimoniales o no. Tienen su origen en uniones de hecho y en uniones que se formalizan después del divorcio o separación.

R/3.- No es igual. Porque la incompleta es que falta uno de los miembros de la pareja y la reconstruida o reconstituida, es la que también se conoce como familia ensamblada.

R/4.-Se le conoce también como proceso por audiencias que no es totalmente oral, sino mixto, en el que las partes presentan su demanda y contestación por escrito acompañando a éstas todos los medios de prueba.

R/5- Si, porque agilizaría los juicios y éstos resultarían menos costosos para la parte actora.

R/6.- Es más rápido que el escrito, reduce los gastos, la publicidad de los debates permite conocer la conducta y capacidad de los jueces y abogados, y el examen de las pruebas se hace en una sola audiencia.

R/7.- A un nombre, a una nacionalidad, a la alimentación, a la salud, a la educación.

R/8.- Código es un conjunto de disposiciones legales que tienen como propósito regular determinado aspecto o materia específica del derecho, permitiendo una protección más integral.

R/9.-De tres y regulan los derechos y deberes de la niñez y la adolescencia

R/10. Algunos de los objetivos de la lactancia materna, son: **Dotar** a los y las estudiantes de la carrera de Derecho de los conocimientos básicos sobre la Lactancia materna, **procurar** la desmitificación del tema, **conocer** los beneficios de la lactancia materna y las técnicas del amamantamiento, **promover** la difusión y apropiación de los alcances de la Ley No. 295, **valorar** que la lactancia materna exclusiva es el mejor alimento que se debe dar a un niño o niña en sus primeros seis meses de vida.

Evaluación final de la unidad

R/1.- Son vías distintas a la judicial que permite a las partes en conflicto con ayuda e intervención de una tercera persona neutral, encontrar las formas de dirimir sus diferencias.

R/2.- Conciliación

Negociación

Mediación-Arbitraje

Mediación

Arbitraje

Automediación

R/3. Mediación es un proceso de decisiones voluntarias y privadas en el que una o más personas imparciales, denominados mediadores, asisten a otras personas, organizaciones y comunidades en conflicto a fin de que trabajen hacia metas variadas. Su diferencia con respecto a la mediación familiar es que esta última apunta a ser atendida de manera interdisciplinar con más de una persona imparcial y trata particularmente de conflictos surgidos entre los miembros de una determinada familia.

R/4.- Negociación y Conciliación son métodos distintos, ambos son utilizados por las personas para la resolución de conflictos. El primero es un proceso mediante el cual las personas entre sí buscan cómo resolver sus desacuerdos y la segunda, existe un funcionario que persigue avenir a las partes para evitar el proceso judicial.

R/5.- Las Técnicas de Reproducción Humana asistida son importantes porque permiten a las parejas tener su propia descendencia cuando por los métodos tradicionales, esto no es posible.

R/6.- Fecundación In Vitro o Fertilización es un término genérico que comprende varios métodos médicos que se utilizan para superar algunos tipos de esterilidad o fertilización extracorpórea.

R/7.- Los nuevos tipos de familia que reconoce el derecho nicaragüense son: además de la familia nuclear y matrimonial, la familia extensa o ampliada, matrimonial o derivada de la unión de hecho estable.

R/8.- Es importante el procedimiento oral en materia de derecho de familia por cuanto es más rápido que el escrito, reduce los gastos económicos y la publicidad de los debates permite conocer la conducta y capacidad de los jueces y abogados. Además el examen de las pruebas se realiza en una sola audiencia

R/9.- El libro Tercero del Código de la Niñez y la Adolescencia, trata de la Justicia Penal Especializada, de manera que los derechos que tutela es la de los adolescentes que han infringido la ley, estableciendo las penas, sanciones y autoridades competentes para el conocimiento de las causas.

R/10. El marco regulatorio de la lactancia materna, es a mi juicio el siguiente: La Constitución Política de la República, el Código de la Niñez y la Adolescencia, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y el Código Internacional para la Comercialización de los Sucédáneos de la Leche materna

Glosario

Inmediación: Calidad de inmediato, contorno o parejo de que está rodeado un lugar. Principio de derecho procesal encaminado a la relación directa de los litigantes con el juez, prescindiendo de la intervención de otras personas. Constituye el medio de que el magistrado conozca personalmente a las partes y pueda apreciar mejor el valor de las pruebas, especialmente de la testifical.

Interlocutoria: Se decía antiguamente en España y sigue aplicándose en algunos países hispanoamericanos, al autor o sentencia que no decide el fondo de la contestación, sino que sólo ordena alguna cosa para la instrucción de la causa y para llegar al conocimiento de algunos hechos, o al examen y prueba de algún punto de derecho.

Oralidad: Juicio Oral.

Prendaria)o) Concerniente a la garantía real que la prenda o pignoración representa. Se constituye generalmente sobre bienes muebles .

Bibliografía

“Análisis de la Adopción Internacional y su Posible Aplicación en Nicaragua”, Trabajo Monográfico presentado por: Harriet de Nueda Somarriba y Flor de María Domínguez Doña. Universidad Centroamericana 2000.

Código Civil de España

Código Civil de Nicaragua, Tomo I

Código de Comercio de Nicaragua. Aníbal Solórzano Reñazco. Glosas

Código de Derecho Internacional Privado

Código de Familia de la República de El Salvador.

Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley No. 287. Gaceta, Diario oficial No.

Código de Procedimiento Civil de Nicaragua. Tomo I y II

Código del Trabajo. Ley No. 185

Código Penal de Nicaragua. Sergio Cuarezma Terán. Hispamer. Managua, Nicaragua, 1999

Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. San Salvador, El Salvador, 1992

Constitución Política de Nicaragua y su reforma del 2000. Primera Edición

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convención Internacional de los Derechos del Niño. UNICEF. Imprimatur Managua, Nicaragua

Curso Gráfico, Limusa 3ra. Edición Clemente Soto Álvarez. 1994, México D.F.

Daños Resarcibles en el Divorcio. Francisco A.M. Ferrer. Abeledo Perrot.

De lo Jurídico No. 19. AJDN- III Trimestre 1999

Declaración Universal de los Derechos Humanos. ONU

Derecho Civil Introducción y Personas. Edgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez. México, febrero 2000

Derecho de Familia. Uniones y Rupturas de Pareja, Un Enfoque metodológico. Consuelo Hoyos Botero. Primera Edición 1998.

Derecho Romano. Guillermo F.-Margadant S. Editorial Esfinge, S.A. Colima, 220-503. México 7, D.F. 1978.

Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Manuel Osorio. Editorial Heliasta, 21 d. Buenos Aires, 1994. Argentina

Diccionario El Pequeño Larousse Ilustrado 2001. Colombia Séptima Edición. 2000

Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas y Luis Alcalá-Zamora, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1979

Diccionario Jurídico Básico. Alonso Martínez de Navarrete. Editorial Heleasta, S.R.L Argentina 1991

Diccionario Jurídico Elemental. Guillermo Cabanellas de Torres. Editorial Heliasta. Argentina 1998

Familia y Personas. Enrique Barros Bourie. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1991.

Filiación matrimonial y extramatrimonial. Derechos y deberes frente a los hijos. La adopción y la adopción internacional. 23/05/2001, Carlos Huidobro y Arreba, Notario de Eibar.

http://V2.vlex.com/es/asp/canales_noticias.asp?Articulo=103022.

<http://www.ilohim.org.pe/spanish/general/oitreg.html>

Instituciones de Derecho Procesal Civil T. III, Chiovenda Giuseppe, Pág. 173

Introducción al Derecho Civil, Mexicano Rafael del Pina. Editorial Porrúa, S.A. México, D. F.

Introducción al Derecho. Arturo Puente

Introducción al Estudio del Derecho y Nociones del Derecho Civil. Curso Gráfico, Clemente Soto Alvarez, Limusa 3ra. Edición 1994, México D. F.

La Mediación Pedagógica, Apuntes para una Educación a Distancia Alternativa. Francisco Gutiérrez Pérez y Daniel Prieto Castillo. Instituto de Investigaciones y mejoramiento Educativo. IIME- Universidad de San Carlos de Guatemala Segunda Edición. Mayo 1993.

La Reproducción Humana Asistida, Inseminación Artificial; Reproducción In Vivo e IN Vitro; Maternidad delegada o alquiler de Vientres, Clonación. Rosa Herminia Castro de Arenas. Santa Fé Bogotá. Forum Pacis.

La Tribuna. Mauricio Martínez E. 06-05-98

Lecciones de Derecho Civil. Colección Manuales Jurídicos. Hernán Larraún Ríos. Editorial Jurídica de Chile. 1994

Lecciones del Derecho Civil. Clemente Soto Alvarez. Editorial Limusa. México

Ley de Adiciones y Reformas al Código Penal. Ley 230- Diario Oficial, La Gaceta No. 191 del 9 de octubre 1996

Ley de Amparo. Gaceta, Diario Oficial No. 1999

Ley de Nacionalidad. Ley No. 149- Gaceta, Diario Oficial No. 124 del 30 de junio de 1992

Ley Electoral No. Gaceta, Diario Oficial No.

Ley de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro. La Gaceta Diario Oficial No. 102 del 29 de mayo de 1992.

Ley No. 295, 1999, Ley de Promoción de la Lactancia Materna y regulación de los Sucedáneos de la Lactancia Materna.

Ley No. 5476 del 21 de diciembre de 1976. San José, Costa Rica

Mami, mami, demanda la cuota. La necesitamos. Un análisis feminista sobre la demanda de cuota alimenticia a la Procuraduría. Mujeres por la Dignidad y la Vida (Las Dignas). Algiers Impresores. El Salvador, 1996

Manual para Profesionales de áreas distintas a Salud, Elaborado por Martha Justina González. Universidad, Sociedad y Lactancia Materna.

Me quiero, me cuido: Un cambio para siempre, Mireille Llinares de barrera; consultora Internacional UNFPA, Septiembre 1997.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticas (Pacto de San José)

Personas y Familia. María Auxiliadora Meza Gutiérrez. Nicaragua. 2da. Edición 1999

Régimen Jurídico de la Unión de la Unión de Hecho. Ulises Pitti. VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. San Salvador, El Salvador, 1992

Teoría del Estado y el Derecho. Fernando Diego Cañizares. Universidad de La Habana, Cuba

Tratado de las Personas. Vol. I y II Alberto Brenes Córdoba. Editorial Juricentro, San José, Costa Rica.

Viejos y nuevos hitos: La OIT y el trabajo infantil. Trabajo No. 24 -1998.

Vocabulario Jurídico Latino, Minereo .. S/d

X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza, Argentina 1998